



HAL
open science

Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne

Laure Laganier Milano

► **To cite this version:**

Laure Laganier Milano. Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne.
Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2008. hal-02298680

HAL Id: hal-02298680

<https://hal.science/hal-02298680v1>

Submitted on 27 Sep 2019

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.

Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne¹

La matière des immunités issues du droit international² apparaît d'emblée comme une matière complexe et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, concernant la définition de la notion d'immunité, il convient de distinguer l'immunité de juridiction, qui a pour effet de soustraire le bénéficiaire de l'immunité à la compétence des tribunaux nationaux, et l'immunité d'exécution qui permet à son bénéficiaire d'échapper à toute contrainte administrative ou juridictionnelle résultant de l'application d'un jugement.

Ensuite concernant le champ d'application des immunités et leurs sources, une distinction s'impose entre l'Etat et les organisations internationales.

L'immunité des Etats protège l'Etat en tant que personne morale et son personnel politique, principalement les chefs d'Etats et départements ministériels, elle protège également ses démembrements c'est-à-dire tout organe ou autorité devant être considéré comme une émanation de l'Etat. Elle est régie historiquement par des règles coutumières de droit international. La matière s'est depuis enrichie de plusieurs conventions telles que la Convention de Bâle de 1972 sur les immunités des Etats, négociée sous l'égide du Conseil de l'Europe, mais dont l'impact est mesuré puisque seuls huit Etats l'ont ratifiée ; plus récemment, le 17 janvier 2005 a été ouverte à la signature des Etats, la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, élaborée au sein des Nations Unies.

En revanche, s'agissant des représentants de l'Etat à l'étranger que sont les personnels diplomatiques et consulaires, les immunités dont ils bénéficient résultent de traités internationaux, respectivement les Conventions de Vienne de 1961 et 1963.

L'immunité des organisations internationales, qui couvre la personne morale et les personnes physiques qui la représentent, trouve quant à elle le plus souvent sa source dans une convention, qu'il s'agisse des traités instituant ces organisations ou des accords de siège qu'elles ont conclus avec les Etats.

On constate donc la multiplicité des bénéficiaires et la diversité des sources des immunités.

Enfin, la matière est complexe car elle se situe au carrefour de plusieurs droits et d'intérêts souvent divergents. En effet, les immunités concernent la relation entre le bénéficiaire de l'immunité et l'Etat du for, mais également la relation qui se noue au cours d'un litige entre le premier et une personne privée. C'est donc tout à la fois le droit interne et le droit international public qui sont mobilisés dès lors qu'une immunité est invoquée. A cela s'ajoute le développement depuis plusieurs années du droit international des droits de l'homme dont la logique de protection des droits de l'individu semble inconciliable avec les arguments classiques du droit international qui justifient le principe de l'immunité par le nécessaire respect de l'égalité entre sujets de droit international et la courtoisie des relations internationales³.

Le déni justice auquel aboutit l'invocation d'une immunité est, en effet, en totale contradiction avec le droit à une protection juridictionnelle effective garanti par de nombreux instruments internationaux tels que l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques ou les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹ Cet article a fait l'objet, dans une version différente, d'une publication dans les Cahiers de l'Institut de droit européen des droits de l'homme, 2007, n°11, c'est avec l'aimable autorisation du Professeur F. SUDRE, Directeur de l'IDEDH, que cet article remanié est publié dans la présente revue.

² Voir les ouvrages de droit international, J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 2006, 7^{ème} éd. ; P.M DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2006 ; Q.D NGUYEN, P. DAILLIER, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002.

³ Voir L.M CAPLAN, « State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens* : A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *AJIL*, 2003, pp.777-783.

C'est naturellement vers la Cour européenne des droits de l'homme que les justiciables se sont tournés pour résoudre cette irréductible contradiction.

Saisies de requêtes fondées sur la violation alléguée de l'article 6 §1 de la Convention qui garantit le droit à un procès équitable, les instances de contrôle strasbourgeoises ont dans un premier temps conclu à l'irrecevabilité de telles requêtes, irrecevabilité *ratione materiae*⁴ ou irrecevabilité en raison du caractère non « civil » au sens de l'article 6 du droit objet du litige⁵. Si ces solutions ont été adoptées sur le fondement du droit international public, une telle résignation du juge européen pouvait paraître paradoxale alors que dans le même temps il n'hésitait pas à bouleverser les droits nationaux en pratiquant une politique d'expansion tout azimut du champ d'applicabilité de l'article 6.

C'est par deux arrêts de 1999⁶, relatifs à l'immunité de juridiction des organisations internationales, que la Cour européenne va mettre fin à cette injusticiabilité et accepter de confronter ces immunités aux garanties de l'article 6, et plus particulièrement au droit d'accès à un tribunal, solution ensuite étendue aux immunités des Etats⁷. Pour autant, la fin de l'injusticiabilité des immunités de juridiction et d'exécution des organisations internationales et des Etats ne s'est pas accompagnée de la solution de conciliation tant attendue entre immunité et droit d'accès à un tribunal, la Cour n'ayant jamais conclu dans aucune des affaires qui lui ont été soumises depuis 1999 à une violation de l'article 6.

Cet alignement du juge européen sur l'interprétation classique du droit international en matière d'immunités (I) mérite toutefois d'être réévalué à la lumière des évolutions passées et présentes du droit international public, évolutions qui justifieraient un renouvellement de l'interprétation du droit des immunités par le juge européen (II).

I. L'alignement du juge européen sur l'interprétation classique du droit international des immunités.

Au regard de l'antinomie flagrante entre immunités et droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour européenne en la matière est bien décevante. Parce qu'elle ne s'autorise qu'un contrôle formel des immunités, la Cour aboutit à leur accorder un brevet de conventionnalité. Le juge européen justifie cette solution surprenante par sa volonté de ne pas « troubler, dans toute la mesure du possible, l'ordonnement des règles du droit international général »⁸. Il semble donc que l'absence de réel contrôle du juge européen sur les immunités (A) s'explique par sa position en tant que juge international (B).

A. Un alignement fondé sur la position du juge européen en tant que juge international.

La Cour privilégie une « politique jurisprudentielle de réception pure et simple du droit international général »⁹, or en l'état actuel le principe de l'immunité reste la règle en droit international (1), dès lors l'attitude de soumission du juge européen s'explique par les obstacles qu'il rencontrerait s'il se prononçait en faveur de la levée des immunités (2).

⁴ Commission EDH, 12/12/1988, *Spaans c/ Pays-Bas*, DR 58, p.119.

⁵ Commission EDH, 12/04/1996, *Van der Peet c/ Allemagne*, req. n°26991/95.

⁶ Cour EDH, 18/02/1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, Rec.1999-I et Cour EDH, 18/02/1999, *Beer et Regan c/ Allemagne*, req. n°28934/95 ; H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *RTDH*, 2000, p.77 ; Note P. TAVERNIER, *JDI*, 2000, p.102 ; Chron. J.F FLAUSS, *AJDA*, 2000, p.527.

⁷ Voir par ex. Cour EDH, 21/11/2001, *McElhinney c/ Irlande*, Rec.2001-XI ; Cour EDH, 21/11/2001, *Al-Adsani c/ R. Uni*, Rec.2001-XI ; Cour EDH, 21/11/2001, *Fogarty c/ R.Uni*, Rec.2001-XI.

⁸ Par ex. Cour EDH, *McElhinney*, *op. cit.*, §36 ; Cour EDH, *Al-Adsani*, *op. cit.*, §55 ; Cour EDH, *Fogarty*, *op. cit.*, §35.

⁹ J.F FLAUSS, « Répression des actes de torture et compétence civile universelle », *D.*, 2003, Chron. p.1250.

1. La règle de l'immunité en droit international.

Il convient ici de clairement distinguer les immunités accordées aux Etats, celles accordées aux chefs d'Etat étrangers et celles accordées aux organisations internationales.

Les immunités des Etats¹⁰ sont justifiées par les principes classiques d'indépendance, de souveraineté et d'égalité entre Etats. Concernant l'immunité de juridiction des Etats, la tendance est à une meilleure délimitation de ces immunités¹¹. En effet, l'évolution du droit international, accompagnant l'évolution des activités de l'Etat et notamment l'avènement de l'Etat commerçant, marque le passage d'une conception absolutiste à une conception restrictive des immunités ; toutefois l'immunité demeure le principe, sauf exceptions, principe rappelé dans la Convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972 et plus récemment dans la Convention du 17 janvier 2005 élaborée sous l'égide des Nations unies. Pour mettre en œuvre les exceptions au principe de l'immunité, la distinction traditionnelle, reprise dans la Convention du 17 janvier 2005, consiste à départager les activités de l'Etat spécifiquement publiques, activités couvertes par l'immunité de juridiction, et les activités de l'Etat dans lesquelles il agit à l'instar d'une personne privée, activités non couvertes par l'immunité de juridiction. Le principe de l'immunité restreinte est donc fondé sur la distinction entre actes de *jus imperii*, qui manifestent la souveraineté de l'Etat, et actes de *jus gestionis* qui sont assimilables à des actes de droit privé.

Concernant l'immunité d'exécution des Etats, si elle suit l'évolution générale du droit des immunités, les exceptions y sont encore plus précisément circonscrites et l'immunité couvre tous les biens nécessaires aux fonctions d'autorité, la Convention des Nations Unies précisant qu'il s'agit des biens « affectés à l'exercice de l'activité gouvernementale qui ne se rapporte pas à une exploitation économique quelconque » (article 5). Cette protection des biens des Etats est accrue s'agissant des biens appartenant à leurs missions diplomatiques ou consulaires puisque l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961 garantit leur caractère inviolable.

L'immunité des chefs d'Etats et membres de gouvernements étrangers doit être distinguée de l'immunité des Etats¹², bien qu'elles aient un fondement coutumier similaire. Les chefs d'Etats étrangers et membres de gouvernements bénéficient en réalité de deux régimes d'immunité qui se juxtaposent. Tout d'abord une immunité fonctionnelle, qui concerne les actes de la fonction. Cette immunité *ratione materiae* est donc assimilable à l'immunité de l'Etat au nom duquel ces actes ont été accomplis et doit par conséquent être conçue comme une immunité relative (*cf supra*). Ensuite, une immunité personnelle, attachée à la personne dans l'exercice de ses fonctions. Cette immunité *ratione personae* est absolue, elle couvre tous les actes accomplis pendant l'exercice des fonctions, y compris les actes accomplis à titre privé, et est opposable aux procédures civiles comme pénales devant des juridictions étrangères.

Si l'immunité reste la règle, la distinction entre immunités *ratione materiae* et *ratione personae* devrait en théorie permettre d'opérer une pondération des intérêts entre la lutte contre l'impunité des auteurs des crimes les plus graves et le bon déroulement des relations internationales. Ce n'est pourtant pas en ce sens que la Cour internationale de justice (CIJ)

¹⁰ Sur ce thème voir H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, 572 p. ; H. HAFNER, M.G KOHEN, S. BREAU, *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, Nijhoff, 2006, 1043 p. ; voir également E.K. BANKAS, *The State Immunity Controversy in International Law : Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, 2005, 541 p.

¹¹ Voir M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Pédone, 1996, 478 p. ; I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruylant, 1998, 422 p.

¹² Voir R. VAN ALEBEEK, *Immunities of State and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights*, Oxford University Press, à paraître en 2008.

s'est prononcée dans l'arrêt rendu le 14 février 2002¹³ à propos du mandat d'arrêt délivré par la Belgique à l'encontre du ministre des Affaires étrangères du Congo. Alors que la Belgique se fondait sur une conception restrictive des immunités *ratione materiae*, la CIJ reconnaît l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des Affaires étrangères en exercice pour les procédures conduites devant des juridictions d'Etats étrangers, même « lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ». La CIJ tranche donc en faveur d'une conception absolue *ratione personae* et semble nier les évolutions récentes du droit international pénal en refusant de déduire de la concordance statutaire des tribunaux internationaux¹⁴ l'existence d'une règle de droit international général permettant de poursuivre les agents de l'Etat en exercice pour crimes de guerre ou contre l'humanité. La CIJ manque ainsi une occasion de transposer ces règles, élaborées dans le cadre de la répression internationale des crimes internationaux, au niveau de la répression nationale. Le bon déroulement des relations internationales prime donc en l'espèce sur la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux, démontrant toute la vigueur du principe des immunités malgré les évolutions du droit international.

Concernant les organisations internationales, leur immunité est absolue en ce sens qu'elle est effective quelles que soient la nature ou la finalité de l'acte en cause. Elle ne peut être écartée qu'en cas de renonciation expresse procédant soit de son traité constitutif ou de l'accord de siège, soit d'un consentement donné à l'occasion d'un litige. La souveraineté attachée à l'Etat permet de distinguer entre acte de *jus imperii* et acte de *jus gestionis* mais cette distinction est impossible à mettre en œuvre pour les organisations internationales car, du fait de leur nature essentiellement fonctionnelle, leur seule protection réside dans les immunités qui leur sont accordées¹⁵. Cette immunité absolue est d'ailleurs reconnue de manière surprenante par le Tribunal de première instance des Communautés européennes. A l'occasion de plusieurs arrêts¹⁶ concernant la transposition en droit communautaire de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptées dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, le TPICE, de manière contestable, apprécie la conformité de ces résolutions à l'aune du *jus cogens*. Les requérants invoquaient entre autres l'absence de voies de recours juridictionnelles pour contester les sanctions prises à leur encontre par le comité des sanctions du Conseil de sécurité. En s'appuyant sur les immunités des Etats et des organisations internationales « généralement admises par la communautés des nations » et plus particulièrement sur la jurisprudence de la Cour EDH en matière d'immunité, le TPICE conclut à l'immunité de juridiction des résolutions du Conseil de sécurité et estime que la

¹³ CIJ, 14/02/2002, République démocratique du Congo c/ Royaume de Belgique ; Note E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *JCP*, G, 2002, II 10185 ; Note A. CASSESE, « When may Senior Officials be tried for international crimes ? Some comments on the Congo v. Belgium Case », *EJIL*, 2002 n°4. Voir A. BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bruylant, 2003, 560 p., spéc. pp.302 et ss ; M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali : l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Giappichelli, 2007, 341 p. ; R. VAN ALEBEEK, *Immunities of State and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights*, *op. cit.*

¹⁴ Voir l'article 7, alinéa 2 du Statut du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie du 25 mai 1993 et l'article 6, alinéa 2, du Statut du Tribunal international pour le Rwanda du 30 avril 1998 qui excluent l'immunité de juridiction pénale pour les Chefs d'Etat ou de gouvernement et les hauts fonctionnaires pour les génocides, crimes de guerre et crimes contre l'humanité ; Voir dans le même sens l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale découlant de la Convention de Rome du 17 juillet 1998.

¹⁵ Voir en ce sens les arrêts C.Cass., soc., 30/09/2003, Union latine c/ Mme Mazeas et C.Cass., 1^{ère} civ., 28/10/2003, Union latine c/ Mme Refievna ; Note J.G MAHINGA, *JCP*, G, 2004, II 10102.

¹⁶ TPI, 21/09/2005, Yusuf, Al Barakaat International Foundation, aff.T-306/01 ; TPI, 21/09/2005, Kadi, aff.T-315/01 ; Note D.SIMON, F. MARIATTE, *Europe*, déc. 2005, p.6 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit de l'Union, droit international et droits fondamentaux », in Mélanges PH. LEGER, *Le droit à la mesure de l'Homme*, Pédone, 2006, p.151.

limitation au droit d'accès des requérants est « inhérente à ce droit, tel qu'il est garanti par le *jus cogens* », référence au *jus cogens* pour le moins étonnante.

En conclusion de ce rapide tour d'horizon des immunités en droit international, il faut constater que malgré les évolutions tendant à réduire leur champ d'application, en particulier pour les immunités des Etats, le principe de l'immunité n'est pas remis en cause, y compris pour les violations graves des droits de l'homme ainsi qu'en atteste implicitement la récente Convention sur les immunités des Etats et de leurs biens en ne se prononçant pas sur cette question, ou les jurisprudences de la CIJ et du TPICE. Ceci réduit considérablement la marge de manœuvre du juge de la Cour européenne qui se trouve dès lors confronté à une série d'obstacles liés à la levée de l'immunité.

2. Les obstacles à la levée de l'immunité rencontrés par le juge européen des droits de l'homme.

Outre les circonstances précises de chaque affaire (*cf infra*), le fait que la Cour n'ait jamais saisi l'occasion de constater une violation de la Convention face à l'invocation de l'immunité des Etats ou des organisations internationales s'explique par l'existence de deux catégories d'obstacles.

Tout d'abord, des obstacles qui se mesurent du point de vue des Etats parties à la Convention européenne. Si la Cour décidait que l'immunité que le tribunal de l'Etat défendeur a respecté en application des exigences du droit international coutumier ou conventionnel, est contraire à la Convention, cela reviendrait de la part du juge européen à contraindre les Etats parties à agir en violation de leurs obligations internationales. La situation se complique encore si l'Etat qui invoque l'immunité devant l'Etat du for n'est pas partie à la Convention européenne, en pareille hypothèse, le refus de l'immunité signifierait que les traités relatifs aux droits de l'homme ont des effets contraignants à l'égard d'Etats tiers.

La question est alors la suivante : est-il raisonnable de contraindre les Etats parties à la Convention à choisir entre la violation du droit européen conventionnel et celle du droit international général ? Les auteurs de la Convention ont-ils pu être animés d'une telle intention ? Selon Ronny Abraham « il tombe sous le sens que la réponse est négative, et on ne peut qu'approuver mille fois la Cour d'avoir voulu éviter de placer les Etats dans une contradiction insoluble »¹⁷.

C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce la Cour européenne pour motiver ses arrêts de non violation de la Convention en précisant qu'elle ne doit pas « perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international. La Convention doit autant que faire se peut se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats »¹⁸. Il faut noter qu'il est rare que la Cour insiste dans ses arrêts sur la qualité de simple traité international de la Convention ; au contraire dans les arrêts rendus en matière d'immunité, elle n'hésite pas à souligner sa qualité de juge international, respectueux à ce titre de l'ordonnancement juridique international. Certes, on peut se demander si face à des engagements internationaux contradictoires, il revient à la Cour d'essayer d'apporter une cohérence à cet ordonnancement

¹⁷ Voir I. PINGEL (Dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pédone, 2004, spéc. p.75. Voir dans le même sens, J.F. FLAUSS, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, n°3, spéc. p.303 et ss.

¹⁸ Par ex. Cour EDH, *McElhinney*, *op. cit.*, §36 ; Cour EDH, *Al-Adsani*, *op. cit.*, §55; Cour EDH, *Fogarty*, *op. cit.*, §35.

des règles de droit international, d'autant que les règles relatives aux immunités ne sont pas garanties par des normes impératives de droit international.

Pourtant, la question de la cohérence des règles internationales mérite d'être posée car elle dépasse largement la matière des immunités. Les interactions entre systèmes juridiques différents, « conséquence inévitable de la fragmentation actuelle du droit international en systèmes distincts et, volontairement ou non, peu coordonnées »¹⁹, multiplient les risques de conflits et placent d'ores et déjà les Etats face au dilemme qui naît de l'obligation de choisir entre deux obligations contradictoires et les juges internationaux face à la nécessité de trouver des solutions pratiques.

Le juge européen est, lui-même, de plus en plus souvent confronté à ce type de difficultés. Il semblait avoir trouvé une solution pour concilier les obligations découlant de l'adhésion d'un Etat à la Convention européenne des droits de l'homme et à une autre organisation internationale en estimant que lorsque l'organisation en question offre une protection équivalente à celle de la Convention en matière de droits fondamentaux, l'Etat est présumé respecter ses obligations conventionnelles²⁰, présomption d'équivalence susceptible d'être renversée. Mais cette jurisprudence a montré ses limites lors de deux décisions d'irrecevabilité rendues par la Cour en mai 2007²¹ concernant des actions menées par des Etats parties à la Convention EDH au Kosovo dans le cadre d'opérations attribuables à l'ONU au titre du Chapitre VII de la Charte. La Cour européenne se déclare en effet incompétente *ratione materiae* et refuse par conséquent de faire jouer la notion de « protection équivalente », accordant ainsi « une immunité de juridiction totale aux actes accomplis au nom de l'ONU en application du chapitre VII de la Charte »²².

A cette première catégorie d'obstacles s'en ajoute vraisemblablement un second que l'on peut qualifier d'obstacle pratique et qui permet d'apprécier la position du juge européen à la lumière de considérations de politique jurisprudentielle.

En effet, du point de vue de la juridiction strasbourgeoise, le refus de constater jusqu'ici une violation de la Convention du fait de l'invocation de l'immunité des Etats ou des organisations internationales, lui permet de maîtriser un flux de requêtes qui deviendrait rapidement exponentiel si elle avait ouvert la voie à la levée de l'immunité.

A ce jour, la Cour a essentiellement été saisie de requêtes alléguant d'une violation de l'article 6 §1, en raison de l'obstacle à l'accès au juge que constitue l'invocation d'une immunité. Si la Cour concluait à une violation de cette garantie procédurale, qui ne figure pas dans la Convention européenne parmi la liste des droits non susceptibles de dérogation et n'est pas en l'état actuel du droit international érigée en norme de *jus cogens*, elle devrait *a fortiori* reconnaître une violation de la Convention pour les droits considérés comme non susceptibles de dérogation²³ dans le texte conventionnel, droits qui recoupent en partie les normes dont on peut considérer qu'elles sont des normes de *jus cogens*. Ceci amènerait la Cour, en pratique, à reconnaître une « exception droits de l'homme » qui tendrait à limiter le jeu de l'immunité en cas de violations graves des droits de l'homme. Toutefois pour reconnaître une telle exception

¹⁹ Voir sur ce thème J.P JACQUE, « L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, p.4.

²⁰ Solution dégagée par la Cour en ce qui concerne les interactions entre droit de la Convention EDH et droit communautaire, Cour EDH, 30/06/2005, *Bosphorus Airways c/ Irlande*, *Rec.2005-VI* ; *GACEDH* n°69.

²¹ Décision Cour EDH, gd ch, 31/05/2007, *Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne, Norvège*, req. n°71412/01, 78166/01 ; Chron. F. SUDRE, *JCP*, G, 2007, I 182, n°1. Solution confirmée dans la décision Cour EDH, 16/10/2007, *Beric c/ Bosnie*, req. n°36357/04.

²² Chron. F. Sudre, *op. cit.*

²³ Ces droits énumérés à l'article 15 §2 sont : le droit à la vie (art.2), l'interdiction de la torture (art.3), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art.4§1), le droit à la légalité des délits et des peines (art.7) et le principe *non bis in idem* (art.4 Protocole 7).

encore faut-il en définir précisément la teneur et les cas d'application, ce qui soulève déjà en soi une difficulté²⁴. La Cour ne semble pas pour l'instant décider à prendre position sur ce sujet car non seulement il n'existe pas de consensus en ce sens au niveau international, la Cour placerait donc les Etats dans une situation délicate, de plus elle verrait mécaniquement un grand nombre de requêtes affluer devant son prétoire, ce qui en raison de la situation d'engorgement de ce dernier ne lui paraît sans doute pas souhaitable.

Ces arguments constituent sans nul doute des obstacles à la levée des immunités de la part du juge européen. Néanmoins, dans la mesure où la Cour européenne a accepté à partir des arrêts de 1999 de mettre fin à l'injusticiabilité des immunités et donc de contrôler ces immunités au regard du texte conventionnel, on peut s'étonner du manque d'orthodoxie avec lequel elle pratique ce contrôle. Au-delà des solutions retenues par la Cour, le raisonnement par lequel elle aboutit à des constats de non violation de la Convention face à l'invocation d'une immunité prête le flanc à la critique.

B. L'absence de réel contrôle des immunités par le juge européen.

Les arrêts en matière d'immunité ont déjà été largement commentés et critiqués par la doctrine²⁵, il ne s'agit donc pas ici de revenir sur les circonstances de chaque arrêt. Deux aspects du raisonnement de la Cour méritent cependant d'être analysés en ce qu'ils démontrent la faiblesse de l'argumentation retenue par le juge pour aboutir au constat de non violation de la Convention : d'une part, après avoir longtemps nié l'applicabilité de l'article 6 §1, la Cour a accepté de contrôler les immunités en situant son analyse dans le cadre des limitations implicites au droit d'accès à un tribunal, ce qui ne paraît pas adapté à la nature intrinsèque de l'immunité (1), d'autre part le contrôle de proportionnalité opéré est un contrôle en trompe l'œil car il est totalement obéré par l'invocation du droit international (2).

1. L'application critiquable de la théorie des limitations implicites.

Le droit d'accès à un tribunal occupe une place originale au sein des droits garantis par la Convention car sa reconnaissance comme son encadrement par la théorie des limitations implicites sont l'œuvre de la Cour. En effet, concomitamment à la reconnaissance du droit d'accès à un tribunal comme « élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 §1 » par l'arrêt *Golder*, la Cour a estimé que ce droit n'était pas absolu et qu'il y avait place « en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même tout droit, pour des limitations implicitement admises », le droit d'accès à un tribunal appelant « de par sa nature même une réglementation par l'Etat », réglementation dont la Cour précise qu'elle ne doit jamais entraîner « d'atteinte à la substance de ce droit »²⁶.

Les limitations implicites, appliquées par la Cour pour les droits non expressément consacrés par la Convention tel le droit d'accès à un tribunal, autorisent une ingérence, une restriction de

²⁴ Voir J.F. FLAUSS, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *op. cit.*, p.311 et ss.

²⁵ Voir en particulier H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *op. cit* et « La Cour EDH et les immunités juridictionnelles des Etats », *Revue belge de droit international*, 2001, n°2, p.526 ; I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour persiste », *RGDIP*, 2002, n°4, p.893 ; J.F FLAUSS, « Répression des actes de torture et compétence civile universelle », *op. cit.* Pour une analyse d'ensemble, voir F. SUDRE, « La jurisprudence de la Cour EDH », in I. PINGEL (Dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pédone, 2004, p.19.

²⁶ Cour EDH, 21/02/1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, A.18, §§36-38 ; *GACEDH* n°26.

ces droits sur le modèle de la clause d'ordre public des paragraphes 2 des articles 8 à 11. Ces restrictions doivent être entendues comme « les traitements diminutifs soit du contenu ou de la portée du droit par rapport à la notion définie ou impliquée par la Convention, soit de la faculté de son exercice dans le temps ou dans l'espace »²⁷ mais, en aucun cas, ces limitations ne doivent avoir pour effet de vider le droit de son contenu. En effet, si les Etats appelés à réglementer le droit d'accès à un tribunal jouissent « d'une certaine marge nationale d'appréciation », « néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même »²⁸.

Bien que posant le principe de l'intangibilité de la substance du droit d'accès à un tribunal, la Cour s'est toujours refusée à élaborer une théorie générale en la matière, préférant une approche *in concreto*. S'il n'existe donc pas de définition du contenu de la substance du droit d'accès, la jurisprudence nous renseigne cependant sur les limitations implicites considérées par la Cour comme ne portant pas atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal et celles qui, au contraire, portent atteinte à ce droit.

Dans la première catégorie, il faut ranger les limitations qui ont pour finalité d'assurer une bonne administration de la justice, ainsi les limitations qui visent à protéger certaines catégories de personnes, tels que les mineurs ou aliénés²⁹, les limitations qui tiennent aux conditions de recevabilité des recours, qu'il s'agisse de limitations relatives aux délais pour introduire un recours³⁰, de restrictions financières à l'accès à un tribunal³¹ ou de conditions de forme³². Dans la deuxième catégorie, la Cour sanctionne les limitations au droit d'accès à un tribunal qui privent définitivement les justiciables de la possibilité de faire valoir leurs droits en justice³³, qui ne permettent pas un accès direct et indépendant aux juridictions³⁴, qui empêchent les justiciables de « jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte qui constitue une ingérence dans leurs droits »³⁵, ou qui les empêchent de se prévaloir d'une voie de recours disponible³⁶.

A la lumière de la foisonnante jurisprudence européenne relative au droit d'accès à un tribunal³⁷, les limitations implicites sont des limitations dans le temps, des limitations formelles ou celles tenant à l'auteur de l'action.

Dans ces conditions, situer comme le fait la Cour³⁸, les immunités, qu'elles soient d'ailleurs de droit international ou de droit interne, dans la catégorie des limitations implicitement admises au droit d'accès à un tribunal semble tout à fait contestable. En effet, en pratique « l'immunité juridictionnelle n'a pas pour conséquence de restreindre ou de conditionner l'accès à un tribunal dans un souci de 'bonne administration de la justice' (...) mais constitue une entrave absolue et définitive »³⁹. Contrairement à ce que soutient la Cour⁴⁰, l'immunité ne

²⁷ P. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause 'dans une société démocratique' dans la CEDH », *Revue des droits de l'homme*, 1968, p.222.

²⁸ Cour EDH, 28/05/1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, A.93, §57.

²⁹ Voir en ce sens Cour EDH, *Golder, op. cit.*, §39.

³⁰ Par ex. Cour EDH, 10/07/2001, *Tricard c/ France*, req. n°40472/98, §29.

³¹ Par ex. Cour EDH, 14/11/2000, *Annoni di Gussola c/ France*, *Rec.2000-XI*, §51.

³² Par ex. Cour EDH, 16/11/2000, *S.A Sotiris et Nikos Koutras Attee c/ Grèce*, *Rec.2000-XII*, §20.

³³ Par ex. Cour EDH, 16/12/1997, *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce*, *Rec.1997-VIII*, §41.

³⁴ Par ex ; Cour EDH, 27/08/1991, *Philis c/ Grèce*, A.209, §65.

³⁵ Par ex. Cour EDH, 10/10/2000, *Lagrange c/ France*, req. n°39485/98, §42.

³⁶ Par ex. Cour EDH, 26/10/2000, *Leoni c/ Italie*, req. n°43269/98, §23.

³⁷ Voir notre étude *Le droit à un tribunal au sens de la CEDH*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2006, 674 p., spec. pp.253 et ss.

³⁸ Cette analyse est dégagée à partir des arrêts Cour EDH, 18/02/1999, *Waite et Kennedy et Beer et Regan, op. cit.*

³⁹ H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *op. cit.*, p.92.

constitue pas, à la différence des limitations implicites habituellement admises par elle, un obstacle d'ordre procédural, il s'agit d'un obstacle matériel qui prive définitivement et de manière irréversible un justiciable de la possibilité de s'adresser directement à un juge. L'immunité ne peut donc être considérée comme une limitation au droit d'accès à un tribunal, c'est une privation radicale de ce droit qui, au regard de la jurisprudence de valorisation du droit au juge, devrait être considérée par la Cour comme une atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal.

Le raisonnement de la Cour souffre donc d'une faiblesse évidente, néanmoins un arrêt rendu par la Cour sur la question, jusque-là inédite, des actes de gouvernement en droit interne éclaire sous un nouveau jour la jurisprudence en matière d'immunité et amène à se demander si l'application de la théorie des limitations implicites n'est pas la moins mauvaise des solutions. Dans l'arrêt *Markovic*⁴¹, les requérants avaient engagé une action indemnitaire contre les autorités italiennes du fait d'un acte de guerre⁴², la Cour de cassation ayant exclu la compétence des juridictions italiennes au motif qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement, les requérants arguaient devant le juge européen d'une violation du droit d'accès à un tribunal. La Cour européenne, au lieu d'appliquer sa jurisprudence traditionnelle sur les immunités de juridiction, va considérer que les requérants n'ont pas été privés du droit d'accéder à un tribunal dans la mesure où leurs prétentions « ont fait l'objet d'un examen équitable à la lumière des principes applicables du droit interne concernant le droit de la responsabilité délictuelle » (§115) mais que n'ayant pu obtenir une décision sur le fond, ils ont eu « un accès limité » à un tribunal et elle conclut à la non violation de l'article 6. Cette solution acquise par 10 voix contre 7 a été critiquée, y compris par les juges ayant voté le dispositif de l'arrêt. Ainsi, le juge Costa⁴³ dénonce le raisonnement retenu et la non application du principe classique des limitations implicites. En effet, en refusant de considérer que la décision de la juridiction italienne avait consacré une immunité, la Cour se dispense d'appliquer la théorie des limitations implicites et donc de s'interroger sur le caractère disproportionné de l'atteinte au droit d'accès à un tribunal.

A la lumière de cet arrêt, l'analyse des immunités sous l'angle des limitations implicites peut se justifier par la possibilité qu'elle ouvre au juge européen de garder un droit de regard sur les immunités. En situant ces dernières dans le cadre des limitations implicitement admises, c'est-à-dire dans le cadre de la marge nationale d'appréciation, la Cour s'autorise ainsi à vérifier que la limitation en cause poursuit un but légitime et respecte le principe de proportionnalité. Certes, en pratique, il faut constater que le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour est totalement obéré par l'invocation du droit international qui a, en la matière, un effet neutralisant. Cette solution a toutefois le mérite de permettre une éventuelle évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière alors que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Markovic* lui ferme définitivement la voie à tout contrôle des actes de gouvernement au regard du droit d'accès à un tribunal.

2. Un contrôle de proportionnalité obéré par l'invocation du droit international.

La Cour considérant que les immunités ne constituent pas des atteintes à la substance du droit d'accès à un tribunal mais des limitations implicitement admises à ce droit, elle doit,

⁴⁰ Par ex. Cour EDH, *Al-Adsani*, *op. cit.*, §48 ; Cour EDH, *Fogarty*, *op. cit.*, §26.

⁴¹ Cour EDH, gd ch, 14/12/2006, *Markovic c/ Italie*, req. n°1398/03 ; Chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, *RFDA*, 2007, p.1043.

⁴² L'Italie avait participé au sein de l'OTAN à une action militaire menée au Kosovo et ayant entraîné la mort de plusieurs personnes.

⁴³ Voir l'opinion concordante mais critique du juge Costa jointe à l'arrêt Cour EDH, *Markovic*, *op. cit.*

pour statuer sur la conventionnalité de ces immunités au regard de l'article 6 §1, vérifier selon un raisonnement classique que lesdites limitations poursuivent un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

La Cour traite différemment les immunités appliquées aux organisations internationales et les immunités des Etats en raison du fondement distinct de ces immunités.

a. L'immunité des organisations internationales.

Ces immunités ont un fondement conventionnel qui trouve sa source dans l'accord instituant l'organisation. Dans les affaires *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan* de 1999⁴⁴, qui concernaient l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale européenne (ASE), c'est donc en se référant, dans la partie « droit pertinent », à la Convention du 30 mai 1975 instituant l'ASE qui prévoyait l'immunité de juridiction et d'exécution de cette dernière, que la Cour examine les faits. Comme nous l'avons vu précédemment, l'immunité de juridiction des organisations internationales est absolue, elle s'applique à tous les actes de l'organisation effectués dans le cadre de ses missions, la distinction entre actes de *jus imperii* et actes de *jus gestionis* valable pour les Etats n'étant pas transposable bien qu'en l'espèce le litige soulève des questions assimilables au droit privé puisqu'il avait trait aux conditions d'emploi des requérants. Par conséquent, la Cour légitime l'octroi de l'immunité par le souci d'assurer « le bon fonctionnement » de l'organisation (§63). En raison de ce constat de légitimité du but poursuivi dicté par l'application pure et simple du droit international conventionnel, on peut se douter que l'issue du contrôle de proportionnalité est d'ores et déjà prédéterminée. Certes la Cour rappelle que le transfert de compétences des Etats à une organisation internationale ne les exonèrent pas de toute responsabilité au regard de la Convention et recherche si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention (§68). Toutefois, le contrôle opéré en la matière se révèle largement théorique puisque la Cour se contente de constater que la Convention de l'ASE prévoit « divers modes de règlement des litiges » sans s'interroger sur leur effectivité et conclut à l'absence de violation de l'article 6 §1⁴⁵. Comparez aux exigences strictes de la jurisprudence européenne concernant le contrôle de l'effectivité de l'accès au juge, l'attitude du juge européen démontre une volonté d'autolimitation dictée par l'invocation du droit international.

Cette attitude de soumission au droit international est confirmée par les arrêts rendus par la Cour concernant les immunités des Etats.

b. Les immunités des Etats.

Par souci de clarté, il convient de distinguer les immunités de juridiction et les immunités d'exécution des Etats.

Trois arrêts rendus en Grande chambre le 21 novembre 2001⁴⁶ permettent pour la première fois à la Cour de statuer sur la question des immunités de juridiction des Etats. Si les circonstances de ces trois affaires diffèrent, la Cour va adopter un raisonnement similaire pour légitimer le but poursuivi par ces immunités. Elle note que « l'immunité des Etats souverains

⁴⁴ *Op. cit.*, voir note 7.

⁴⁵ Pour un contrôle effectif de l'existence d'une voie de recours alternative voir la décision de recevabilité Cour EDH, 11/05/2000, A.L. c/ Italie, n°41387/98, dans ce litige opposant l'OTAN à l'un de ses employés, la Cour conclut à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal après avoir examiné le déroulement de la procédure devant la Commission des recours de l'OTAN et estimé que ladite Commission « constitue une voie raisonnable pour protéger efficacement le droit du requérant à un procès équitable ».

⁴⁶ Cour EDH, 21/11/2001, Fogarty, *op.cit.*, McElhinney, *op.cit.*, Al-Adsani, *op.cit.*

est un concept de droit international, issu du principe par *in parem non habet imperium* » et estime que l'octroi de l'immunité « poursuit le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat ». Deux remarques sur cette argumentation.

Tout d'abord, les principes de souveraineté et d'égalité des Etats sont des fondements classiques des immunités en droit international, néanmoins ils n'impliquent pas que ces immunités soient accordées en toutes circonstances, et les différents instruments de droit international auxquels se réfèrent la Cour dans la partie « droit pertinent » vont en ce sens, tant la Convention de Bâle de 1972 que les travaux de la Commission du droit international, qui aboutiront en 2005 à l'adoption de la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, reflètent la tendance du droit international à mieux délimiter les immunités de juridiction.

D'autre part, la Cour justifie ces immunités par le souci de favoriser « la courtoisie et les bonnes relations entre Etats », ce qui témoigne du caractère très politique de la motivation de ces arrêts. En effet, ces arguments ne sont pas d'ordre juridique, au sens du droit international la courtoisie peut être définie comme « un ensemble d'actes accomplis presque invariablement par les Etats, mais qui ne sont pas motivés par le sentiment d'une obligation juridique »⁴⁷, elle s'oppose ainsi à la coutume qui suppose non seulement la répétition mais également le sentiment de se conformer à une obligation juridique, *l'opinio juris*. Dès lors, l'argumentation apparaît d'emblée comme juridiquement faible.

La Cour doit ensuite déterminer si la restriction est proportionnée au but poursuivi. Ici elle commence par rappeler que la Convention doit s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, ce qui l'amène à poser comme postulat « qu'on ne peut dès lors, de façon générale, considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 §1 des mesures prises par une Haute partie contractante qui reflètent des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des Etats ». Partant de ce postulat, elle conclura dans l'affaire *Fogarty* qui concernait le recrutement de la requérante au sein d'une ambassade, que la tendance du droit international à limiter l'immunité des Etats dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi ne se manifeste pas en ce qui concerne les questions de recrutement dans les missions étrangères, ce qui aboutit à considérer qu'il s'agit d'un acte de *jus imperii*. La Convention sur l'immunité des Etats et de leurs biens de 2005 confirme le jeu de l'immunité lorsque l'employé est un membre du personnel diplomatique. La Cour conclut à l'absence de violation 6 sans même avoir vérifié s'il existait une voie de recours alternative.

Dans l'affaire *McElhinney*, concernant les dommages corporels subis par le requérant lors d'un accident avec des soldats britanniques qui s'était déroulé au poste frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande, la Cour observe que la tendance du droit international à limiter l'immunité des Etats en cas de dommages corporels survenus dans l'Etat du for « n'est nullement universelle » et qu'elle concerne essentiellement les dommages corporels assurables et non ceux relevant « de la sphère centrale de souveraineté des Etats, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un Etat étranger (...) » qui par nature soulèvent des questions sensibles « touchant aux relations diplomatiques entre Etats et à la sécurité nationale » (§38). L'affirmation semble contestable dans la mesure où, dans une banale action en dommages et intérêts de ce type, la souveraineté et l'intérêt général de l'Etat ne sont pas directement en cause. Elle estime par ailleurs que si les juridictions irlandaises ont rejeté les recours du requérant en invoquant l'immunité de juridiction du Royaume-Uni, il existait des voies de recours devant les juridictions d'Irlande du Nord auxquelles le requérant a renoncé.

⁴⁷ I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, op.cit., p.20.

Enfin, l'arrêt *Al-Adsani* est celui qui a soulevé les plus vives critiques, y compris au sein des membres de la Cour. Le requérant, titulaire de la double nationalité britannique et koweïtienne, s'est vu opposer l'immunité de juridiction de l'Etat du Koweït dans l'action en dommages et intérêts pour actes de torture qu'il avait intenté devant les juridictions britanniques. La Cour, citant en particulier le jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Furundzija du 10 décembre 1998⁴⁸, reconnaît que l'interdiction de la torture a désormais « valeur de norme impérative, c'est-à-dire de *jus cogens* » (§60). Toutefois, elle souligne que les instruments internationaux et les précédents jurisprudentiels cités ne concernent que la responsabilité pénale d'un individu auteur d'actes de torture (§61) et ne juge pas établi qu'« il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages et intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for » (§66). Sans même vérifier si le requérant disposait d'une voie de recours alternative, la Cour conclura à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal. Il est surprenant que la Cour ne tire aucune conséquence de la reconnaissance de norme de *jus cogens*, donc hiérarchiquement supérieure, de l'interdiction de la torture, et se réfugie derrière la marge nationale d'appréciation et l'absence de précédents jurisprudentiels pour faire primer, en l'espèce, l'immunité de l'Etat. Ceci est d'autant plus surprenant que la Cour, en tant que juge des droits de l'homme, n'a pas hésité dans d'autres domaines à faire une lecture dynamique et progressiste du droit conventionnel, il y a donc manifestement ici une volonté de respecter l'intégrité du droit international général.

Cependant, il nous semble que c'est plus le raisonnement suivi qui est contestable, notamment parce qu'il ne permet aucun contrôle concret de l'immunité et ne prend pas en compte les droits du requérant, que la le fond de la solution retenue. En effet, il ne s'agissait pas pour la Cour de confronter la règle de l'immunité de juridiction à celle de l'interdiction de la torture, mais de confronter le droit d'accès à un tribunal à la règle de l'immunité, or, le droit d'accès à un tribunal ne peut être qualifié de règle impérative. Par ailleurs, rétrospectivement, la prudence de la Cour européenne est confortée par la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2005 qui ne prévoit pas de dispositions spécifiques sur les actions civiles alléguant de violations graves des droits de l'homme. Elle est également confortée dans sa position par l'arrêt de la CIJ rendu en 2002 puisque les deux juridictions internationales admettent que « le fait d'être partie à des instruments qui obligent l'Etat à prendre certaines mesures en matière de répression de certains comportements ou en matière d'accès à la justice n'a pas nécessairement pour conséquence de délier ce même Etat de ses obligations coutumières en matière d'immunités juridictionnelles »⁴⁹.

Parmi les affaires soumises à la Cour en matière d'immunité des Etats⁵⁰, il faut encore noter deux décisions relatives à l'immunité d'exécution.

C'est également sous l'angle du droit d'accès à un tribunal que ces affaires sont analysées par la Cour, toutefois il ne s'agit plus en l'espèce de la possibilité pour les requérants de faire examiner leurs requêtes par un juge mais du droit à obtenir l'exécution des décisions de

⁴⁸ Affaire Furundzija, jugement du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie, 10/12/1998, n°TI-95-17/1-T, *I.L.M.*, 1999, p.349.

⁴⁹ H. TIGROUDJA, « La Cour EDH et les immunités juridictionnelles des Etats », *op. cit.*, p.547.

⁵⁰ Il existe d'autres arrêts ou décisions rendus par la Cour en matière d'immunité, voir par ex. Cour EDH, 12/07/2001, Prince Hans Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne, *Rec.*2001-VIII ; Chron . P. TAVERNIER, *JDI*, 2002, p.265 ; Voir également la décision sur la recevabilité Cour EDH, gd ch., 25/10/2006, Association SOS attentas et De Boëry c/ France, n°76642/01, relative à l'immunité du chef d'Etat lybien, le colonel Kadhafi, concernant l'attentat commis en 1989 contre le DC 10 d'UTA, affaire dans laquelle la Cour a conclu à la radiation du rôle de la requête ; Note G. GONZALEZ, *RDP*, 2007, p.869 ; D. SZYMCZAK, *Procédures*, n°3, 2007, p.2.

justice, droit inhérent à l'effectivité du droit d'accès à un tribunal⁵¹. La première décision de recevabilité rendue en 2002 contre la Grèce et l'Allemagne⁵² est particulièrement intéressante. Les requérants, parents des victimes du massacre commis par les forces d'occupation nazies à Distomo le 10 juin 1944, saisirent les juridictions grecques d'une action en dommages et intérêts contre l'Allemagne ; or les juridictions grecques, y compris la cour de cassation, ont estimé que les organes du Troisième Reich avaient abusé de leur souveraineté et avaient violé les règles du *jus cogens*, de sorte que l'Allemagne avait renoncé tacitement à l'immunité. Cependant, l'Etat grec refusa de permettre aux requérants d'engager la procédure d'exécution forcée contre l'Allemagne pour obtenir le versement des sommes fixées, refus confirmé par les juridictions internes en raison du principe de l'immunité d'exécution. Il faut souligner qu'en conformité avec l'évolution générale du droit des immunités en droit international, les immunités d'exécution tendent aujourd'hui à être mieux définies, la distinction reposant sur les biens affectés à des fins de souveraineté et ceux qui ne le sont pas ; toutefois la saisie des biens d'un Etat est particulièrement problématique en terme de relations diplomatiques et porte plus directement atteinte à la souveraineté des Etats, ce qui explique que les exceptions aux immunités d'exécution soient entendues de manière stricte. La Cour européenne saisie de l'affaire suit exactement le même raisonnement que dans l'affaire *Al-Adsani*. Elle ne juge pas établi « qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages et intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat. Il ne saurait donc être demandé au gouvernement grec d'outrepasser contre son gré la règle de l'immunité des Etats », elle ajoute « cela est au moins vrai dans la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l'a constaté dans l'affaire *Al-Adsani*, ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur ». Autrement dit, la Cour attendra une éventuelle évolution du droit international pour faire évoluer à son tour sa jurisprudence, confirmant ainsi sa position de déférence à l'égard du droit international.

La seconde décision rendue en 2005⁵³ concernait l'inexécution d'une décision de justice rendue par les juridictions roumaines accordant aux requérants la restitution d'un bien affecté à l'ambassade de la Fédération de Russie. La Cour estime logiquement qu'au regard du droit international, les exceptions à l'immunité d'exécution ne jouent pas pour les biens affectés à l'exercice de la souveraineté d'un Etat et conclut donc à l'absence de violation de l'article 6 §1. Là encore elle ajoute que ceci vaut « en l'état actuel du droit international public, ce qui n'exclut pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel ».

Les arrêts rendus par la Cour en matière d'immunités sont conformes à l'interprétation classique du droit international public. Ils n'en demeurent pas moins critiquables car ils mettent en péril la cohérence interne de la jurisprudence européenne en marquant un coup d'arrêt à la volonté, jusqu'ici constante, de faire progresser la protection juridictionnelle des individus en faisant du juge le garant de l'effectivité des droits. La jurisprudence relative aux immunités aboutit à une interprétation à double vitesse de l'article 6 §1 de la Convention : un contrôle strict et exigeant des limitations au droit d'accès à un tribunal en dehors de la matière des immunités, une tolérance et une absence de contrôle des véritables dénis de justice que constituent en pratique les immunités (qu'elles soient de droit interne ou de droit international). Au-delà de la lisibilité de sa propre jurisprudence, c'est la légitimité de la Cour européenne en tant que juge protecteur des droits de l'homme qui est en cause et, à ce titre,

⁵¹ Cour EDH, 19/03/1997, *Hornsby c/ Grèce*, Rec.1997-II ; *GACEDH* n°32.

⁵² Décision Cour EDH, 12/12/2002, *Kalogeropoulou c/ Grèce et Allemagne*, Rec.2002-X.

⁵³ Décision Cour EDH, 03/03/2005, *Manoilescu et Dobrescu c/ Roumanie et Russie*, req. n°60861/00.

l'affaire *Al-Adsani* est de l'aveu même de l'un de ses juges une occasion ratée de « sortir une jurisprudence courageuse »⁵⁴.

La Cour doit sortir cette attitude passive qui consiste à attendre une éventuelle évolution du droit international pour faire évoluer sa propre jurisprudence, on peut d'ailleurs s'interroger sur le signal attendu par la Cour alors que la tendance est à une limitation du droit des immunités. Sans nier les obstacles auxquels est confrontée la Cour, elle ne doit plus considérer les immunités comme un pré carré intouchable, en ce sens il serait souhaitable qu'elle s'atèle à un renouvellement de son interprétation en la matière.

II. Pour un renouvellement de l'interprétation par le juge européen du droit des immunités.

La Convention européenne des droits de l'homme énonce un ensemble d'obligations qui d'une part, traduit les valeurs partagées par les Etats signataires et qui, d'autre part, exprime un projet, celui de sauvegarder et de développer ces mêmes valeurs. Ainsi dès 1961, la Commission affirme en se fondant sur le Préambule de la Convention que les Etats parties en concluant la Convention ont entendu instaurer « un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit »⁵⁵. Il faudra ensuite attendre l'arrêt *Loizidou*⁵⁶ pour que la Cour consacre formellement la notion d'ordre public européen⁵⁷.

Au regard de la jurisprudence européenne, deux principes émergent comme porteurs des valeurs essentielles de l'ordre public européen : le principe de société démocratique et le principe de prééminence du droit qui apparaît comme la version européanisée de la notion d'Etat de droit. Or, le développement de ces deux principes s'oppose par essence à celui des immunités qui a pour résultat de soustraire ses bénéficiaires à l'application des règles de droit valables pour le requérant ordinaire. Accorder, comme le fait la Cour, une conventionnalité de principe à la règle de l'immunité aboutit donc à une contradiction fondamentale avec les valeurs dont elle est censée être la gardienne. Dès lors renouveler l'interprétation du droit des immunités nécessiterait que la Cour prenne en compte les finalités de l'ordre juridique conventionnel (A) mais également qu'elle procède à une interprétation évolutive en s'appuyant sur la contestation grandissante⁵⁸ du principe même de l'immunité (B).

A. La nécessité d'interpréter les immunités en fonction des finalités de l'ordre juridique conventionnel.

La finalité du système conventionnel, selon les termes de son préambule, est de protéger et développer les valeurs communes à la communauté des Etats contractants, cette finalité renvoie donc directement à la notion de sauvegarde de l'ordre public qui traduit les exigences essentielles d'une vie en société. Le juge de Strasbourg considérant que le droit d'accès à un

⁵⁴ Opinion dissidente du juge Ferrari Bravo sous l'arrêt Cour EDH, *Al-Adsani*, *op. cit.*

⁵⁵ Commission EDH, 11/01/1961, Autriche c/ Italie, req. n°788/60, *Ann. CEDH*, 1961, vol. 4, p.139.

⁵⁶ Cour EDH, 23/03/1995, *Loizidou c/ Turquie*, A.310, §75 ; *GACEDH* n°1.

⁵⁷ Voir F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (Dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, p.50 et « Ordre public européen », in M.J. REDOR (Dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p.117.

⁵⁸ Voir E. GAILLARD, I. PINGEL-LENUZZA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales : restreindre ou contourner », in Mélanges PH. KAHN, Litec, 2000, p.205 ; J. VERHOEVEN (Dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Larcier, 2004, 283 p.

tribunal figure parmi les valeurs constitutives de l'ordre public européen (1), il ne peut faire céder automatiquement ce droit face aux immunités sans rechercher au préalable un équilibre entre la nécessité de l'immunité et la sauvegarde des droits individuels (2).

1. La valeur d'ordre public du droit d'accès à un tribunal.

Au-delà de la querelle sur la pertinence du concept « d'ordre public européen », encore faut-il en déterminer le contenu. A ce titre, la notion de « société démocratique » apparaît comme « le véritable lieu de convergence idéologique des droits de l'homme »⁵⁹, le « principe explicatif des différents droits garantis »⁶⁰ par la Convention. En effet, la Cour européenne considère que « la notion de démocratie (...) domine la Convention toute entière »⁶¹ et qu'elle représente « un élément fondamental de 'l'ordre public européen' »⁶², c'est donc parmi les principes propres à une « société démocratique » qu'il faut rechercher les éléments constitutifs de l'ordre public européen. Il suffit pour cela de se référer à la jurisprudence européenne, cette dernière considère que « parmi les principes de pareille société [démocratique] figure la prééminence du droit »⁶³, il s'agit de « l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique auquel se réfère expressément le préambule de la Convention (...) et dont s'inspire la Convention toute entière »⁶⁴, or de l'aveu de la Cour « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux »⁶⁵.

Les notions de « société démocratique » et de « prééminence du droit » sont étroitement liées dans la jurisprudence européenne, la seconde sert à protéger la première. Les droits inhérents à la prééminence du droit ont pour mission de préserver, de garantir, les principes propres à une société démocratique. Dès lors, le droit d'agir en justice apparaît comme un instrument de protection des droits constitutifs de la société démocratique, comme l'une des valeurs communes irréductibles de l'ordre public européen. En ce sens, soucieuse de l'effectivité des droits proclamés, la Cour estime qu'il ne suffit pas de pouvoir accéder à un juge « encore faut-il constater que le degré d'accès procuré par la législation nationale suffisait à assurer à l'individu le droit à un tribunal, eu égard au principe de la prééminence du droit dans une société démocratique »⁶⁶.

Autrement dit, il ne suffit pas de pouvoir accéder à un juge (ce que ne remet d'ailleurs pas en cause l'invocation d'une immunité qui ne soulève pas une question de compétence mais une question de pouvoir du juge), encore faut-il que le juge puisse trancher le litige conformément aux règles du procès équitable, or c'est justement ceci qu'interdit au juge l'invocation d'une immunité. En ce sens, il est frappant que la formulation précitée de la Cour européenne ait été inaugurée dans l'affaire *Ashingdane* qui concernait justement une immunité de juridiction, mais en l'espèce une immunité de droit interne.

Il semble d'ailleurs que le juge européen fasse un contrôle du caractère effectif et concret des voies de droit pour le moins arbitraire. Ainsi alors qu'en matière d'immunité ou d'actes de gouvernement⁶⁷ (*cf supra*) son contrôle aboutit à rendre le droit d'accès à un tribunal illusoire

⁵⁹ O. JACOT-GUILLARMOD, « Rapports entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et droits de l'homme*, Engel, 1990, p.70.

⁶⁰ C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, 2001, p.307.

⁶¹ Cour EDH, 8/07/1986, *Lingens c/ Autriche*, A.103, §42.

⁶² Cour EDH, 30/01/1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*, *Rec.1998-I* ; *GACEDH* n°6.

⁶³ Cour EDH, 6/09/1978, *Klass et autres c/ RFA*, A.28, §55.

⁶⁴ Cour EDH, 29/11/1988, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, A.145-B, §58 ; *GACEDH* n°18.

⁶⁵ Cour EDH, 21/02/1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, A.18, §34 ; *GACEDH* n°26.

⁶⁶ Cour EDH, 28/05/1985, *Ashingdane c/ Royaume*, A.93, §56.

⁶⁷ Cour EDH, 14/12/2006, *Markovic*, *op. cit.*

et totalement ineffectif, on le sait très pointilleux dès lors qu'il s'agit de contrôler les limitations procédurales au droit d'accès à un tribunal posées par les droits nationaux.

La jurisprudence européenne comporte donc une contradiction fondamentale car « en l'absence de voie de recours alternative, l'octroi automatique de l'immunité de juridiction à une organisation internationale ou à un Etat étranger constitue un déni de justice qui, violant le droit à un procès équitable, frappe de plein fouet le principe de prééminence du droit. Ce faisant, le privilège de juridiction porte atteinte à l'un des principes qui constituent l'ossature de l'ordre public européen des droits de l'homme »⁶⁸.

En accordant systématiquement la primauté à la règle de l'immunité sur le droit d'accès à un tribunal des requérants, la Cour européenne vide la valeur opératoire de la notion d'ordre public européen. Elle méconnaît la singularité de la notion d'ordre public qui se caractérise par une normativité spécifique la règle d'ordre public étant impérative, et une fonction spécifique celle de sauvegarder les droits et libertés ou leurs conditions générales.

Ceci est d'autant plus surprenant que la Cour utilise traditionnellement l'ordre public européen et plus particulièrement, pour ce qui nous intéresse, la notion de « déni de justice flagrant » dans une fonction de neutralisation des normes externes contraires à la Convention⁶⁹. Ainsi, dans son célèbre arrêt *Soering*⁷⁰, s'agissant d'une convention d'extradition entre le Royaume-Uni et un Etat tiers à la Convention, les Etats-Unis, la Cour, après avoir rappelé « la place éminente dans une société démocratique » du droit à un procès équitable, a estimé qu'une décision d'extradition pouvait constituer une violation de la Convention « en cas de déni de justice flagrant » dans l'Etat de destination⁷¹.

De même, s'agissant de la délicate question de l'exequatur d'un jugement étranger par un Etat partie à la Convention, la Cour a considéré que les Etats devaient « se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant »⁷². Elle semble même aller plus loin dans l'arrêt *Pellegrini*⁷³ en indiquant que l'Etat doit vérifier que la procédure « remplissait les garanties de l'article 6 », ce qui paraît impliquer un entier contrôle des conditions posées à l'article 6 sous peine d'engager la responsabilité de l'Etat partie du fait d'une procédure qui s'est déroulée dans un Etat tiers.

A la lumière de cette jurisprudence, on s'étonne que le juge européen n'utilise pas l'ordre public européen pour neutraliser le « déni de justice flagrant » que constitue une immunité dès lors qu'il aurait estimé que la nécessité de l'immunité ne se justifiait pas au regard de l'atteinte portée aux droits du requérant.

2. La recherche d'un équilibre entre la nécessité de l'immunité et les droits des requérants.

L'idée de cette indispensable conciliation entre les immunités, qu'elles soient de droit interne ou de droit international, et les droits des requérants est exprimée de longue date par certains membres de la Cour européenne. Ainsi dès l'arrêt *Ashingdane* de 1985, concernant l'immunité des personnels du ministère de la Santé, le juge Pettiti⁷⁴ considérait qu'« admettre qu'il peut être nécessaire d'offrir une certaine protection contre des actions en justice

⁶⁸ F. SUDRE, « La jurisprudence de la Cour EDH », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, *op. cit.*, p.29.

⁶⁹ Sur cette question voir F. SUDRE, « Ordre public européen », *op. cit.*, pp.125 et ss et « La jurisprudence de la Cour EDH », *op. cit.*, pp.29-30.

⁷⁰ Cour EDH, 7/07/1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, A.161, §113 ; *GACEDH* n°15.

⁷¹ Dans le même sens décision Cour EDH, 16/10/2001, *Einhorn c/ France*, *Rec.2001-XI*, §§31-35.

⁷² Cour EDH, 26/06/1992, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, A.240, §110.

⁷³ Cour EDH, 20/07/2001, *Pellegrini c/ Italie*, *Rec.2001-VIII*, §40 ; Note J.P COSTA, *RTDH*, 2002, p.463 ; dans le même sens Cour EDH, 6/12/2007, *Maumousseau et Washington c/ France*, req. n°39388/05, §96.

⁷⁴ Opinion dissidente du juge Pettiti jointe à l'arrêt Cour EDH, *Ashingdane*, *op. cit.*

inconsidérées en justifiant alors une certaine immunité au profit des membres du personnel soignant, laisse entier l'autre aspect du problème au regard de l'article 6, à savoir, la protection des victimes par l'ouverture d'une action en justice contre l'Etat, en réparation de préjudices ». Une idée similaire est exprimée par le juge Loucaides⁷⁵ dans les trois arrêts rendus en novembre 2001 : « une immunité générale qu'un tribunal applique pour faire totalement barrage à une décision judiciaire sur un droit de caractère civil sans mettre en balance les intérêts concurrents, à savoir ceux que protège l'immunité dont il s'agit et ceux tenant à la nature de la demande spécifique qui est l'objet de la procédure, s'analyse en une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal ».

Ce qui est reproché à la Cour, c'est l'application automatique de l'immunité.

A l'origine dans la jurisprudence concernant les immunités de droit interne, les organes de contrôle strasbourgeois⁷⁶ ont défini trois critères pour contrôler les immunités : la spécificité de la fonction, de l'emploi couvert par l'immunité ; l'existence d'une compensation à l'exonération de responsabilité ; le caractère limité de l'immunité, celle-ci ne couvrant que certains actes. Cette grille d'analyse des immunités aurait dû permettre la mise en balance des intérêts concurrents tant souhaitée par certains juges ; mais ces critères n'ont jamais été réellement appliqués et contrôlés par le juge européen. Seul un arrêt retient l'attention, l'arrêt *Osman*⁷⁷ de 1998, concernant l'immunité accordée à la police contre des actions en responsabilité. Si la Cour juge légitime le but poursuivi par cette immunité, elle estime, par application des trois critères précités, qu'une telle immunité ne saurait être absolue et automatique et devrait pouvoir être compensée par d'autres possibilités permettant d'obtenir la réparation du préjudice des requérants, elle conclura en l'espèce à une violation de l'article 6.

Ce sont ces critères et ce contrôle approfondi qui devraient continuer à s'appliquer, y compris concernant les immunités de droit international. La Cour devrait ainsi vérifier que l'octroi de l'immunité est justifié par la spécificité de la fonction ou de l'acte couvert par l'immunité, que l'immunité n'est pas générale et qu'il existe une voie de recours alternative pour le requérant. Ceci aboutirait à une jurisprudence plus cohérente et légitime. Il existe en effet des hypothèses dans lesquelles l'immunité est justifiée, on pense notamment s'agissant de l'immunité des Etats aux actes de *jus imperii*, à condition de ne pas donner une définition trop large de ces actes. Dans de tels cas une solution alternative devrait être prévue tel que par exemple le recours à l'arbitrage⁷⁸. A l'inverse, dans le sens de la jurisprudence *Osman*, toute immunité générale et absolue doit être condamnée comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal.

Si la Cour entend rester fidèle à la formule employée dans l'arrêt *Golder*⁷⁹, « le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 §1 doit se lire à leur lumière », alors elle doit vérifier s'il existe d'autres voies pour protéger les droits de l'individu et elle doit vérifier que ces voies sont effectives.

⁷⁵ Opinions dissidentes du juge Loucaides jointes aux arrêts Cour EDH, 21/11/2001, Fogarty, *op. cit.*, Al-Adsani, *op. cit.* et McElhinney, *op. cit.*

⁷⁶ Voir Commission EDH, 9/10/1984, Dyer c/ Royaume-Uni, D.R. 39, p.246.

⁷⁷ Cour EDH, 28/10/1998, Osman c/ Royaume-Uni, Rec.1998-VIII.

⁷⁸ Voir en ce sens I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour persiste », *op. cit.*, p.906. Pour la présentation des remèdes envisageables au déni de justice que constitue l'immunité, voir P. LAGARDE, « Conclusions générales », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, *op. cit.*, p.159. Voir D. CHAMLONGRASDR, *Foreign State Immunity and Arbitration*, Cameron Day, 2007, 433 p.

⁷⁹ Cour EDH, Golder, *op. cit.*, §35.

La cohérence et la crédibilité du système conventionnel doivent conduire le juge européen à contrôler plus strictement les immunités. Un autre élément devrait l'amener à procéder à une réinterprétation du droit des immunités. Un mouvement très net de contestation des immunités se dessine qui devrait inciter le juge européen à une interprétation évolutive de la matière.

B. La nécessité d'adopter une interprétation évolutive des immunités.

Le juge européen a toujours utilisé des méthodes d'interprétation dynamique de la Convention. Parmi ces méthodes, l'interprétation évolutive lui a permis d'adapter le standard conventionnel aux exigences actuelles des Etats démocratiques. Ainsi, c'est par référence à l'évolution des droits nationaux ou du droit international, que le juge européen a actualisé l'interprétation de la Convention et maintenu un niveau élevé de protection des droits et libertés des individus. Au contraire, en matière d'immunités, certains estiment que la jurisprudence de la Cour « donne l'impression d'aller à contre-courant du mouvement général de mise en conformité du droit des immunités au regard des exigences des droits de l'homme »⁸⁰. Si ce sentiment ne fait pas l'unanimité, la question mérite d'être posée. Au regard des positions des juridictions pénales internationales (1) mais surtout au regard des solutions, parfois très audacieuses, retenues par les juges nationaux, solutions émanant pour la plupart de juges d'Etats parties à la Convention (2), la Cour européenne ne se doit-elle pas d'abandonner sa position attentiste et de faire évoluer sa jurisprudence en matière d'immunités ?

1. Une interprétation évolutive justifiée par la position des juridictions pénales internationales.

Plusieurs éléments doivent d'emblée être précisés.

Tout d'abord, les juridictions pénales internationales créées au cours de la dernière décennie statuent au regard du droit international pénal ou humanitaire et non à proprement parler par rapport au droit international des droits de l'homme.

D'autre part, le régime d'immunité appliqué par ces juridictions est précisément circonscrit quant à son champ d'application, l'exclusion de l'immunité ne vaut qu'en matière pénale pour les chefs d'Etat ou de gouvernement et les hauts fonctionnaires, pour les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre qu'ils pourraient avoir commis.

Enfin, cette exclusion du jeu de l'immunité est prévue par le statut de ces juridictions.

C'est ce qui résulte de l'article 7, alinéa 2, du Statut du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie du 25 mai 1993 et de l'article 6, alinéa 2, du Statut du Tribunal international pour le Rwanda du 30 avril 1998. Ces dispositions ont notamment permis l'ouverture du procès de l'ancien Président Milosevic devant le Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie et celui de l'ancien Premier Ministre Kambanda devant le Tribunal international pour le Rwanda.

L'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale, découlant de la Convention de Rome du 17 juillet 1998, va plus loin en élargissant le champ d'application *ratione personae* de l'exclusion de l'immunité : « Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent de l'Etat, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. Les

⁸⁰ O. DE FROUVILLE, « Chronique de la jurisprudence de la Cour EDH », *JDI*, 2002, p.278.

immunités ou règles de procédures spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

Néanmoins ces distinctions avec le système conventionnel européen ne sont pas synonymes de cloisonnement étanche.

Les juges de La Haye et d'Arusha utilisent la jurisprudence de la Cour européenne⁸¹ et, dans une moindre mesure, le juge européen utilise la jurisprudence de ces tribunaux. Ainsi, dans l'affaire *Al-Adsani*, c'est notamment en se fondant sur l'arrêt Furundzija du Tribunal pénal international pour l'Ex-yougoslavie, que la Cour reconnaît la valeur de norme de *jus cogens* de l'interdiction de la torture (*cf supra*). Dès lors, on pourrait imaginer que le juge européen s'aligne sur la position des tribunaux internationaux pour reconnaître l'exclusion de l'immunité pénale pour les crimes les plus graves et même qu'il aille au-delà en excluant également l'immunité civile pour ces mêmes crimes, ce qu'il a justement refusé de faire dans l'affaire *Al-Adsani*.

Certes, la différence essentielle avec la position des juges pénaux internationaux réside dans le fait que, pour ces derniers, l'exclusion de l'immunité pénale est prévue par les statuts mêmes de ces juridictions. Toutefois, le juge européen n'a pas hésité dans l'arrêt *Mamatkulov*⁸² à privilégier une interprétation évolutive en se fondant sur le droit international général et la jurisprudence internationale comparée pour optimiser la protection des droits et libertés conventionnels et opérer un spectaculaire revirement de jurisprudence consistant à déclarer le caractère obligatoire pour les Etats des mesures provisoires indiquées dans ses propres arrêts. Si la question des mesures provisoires est très différente de celle des immunités, le raisonnement de la Cour dans cette affaire n'en est pas moins particulièrement intéressant. La Cour justifie l'évolution de sa jurisprudence en s'appuyant sur les principes généraux du droit international tirés de la pratique de plusieurs instances internationales, elle se réfère notamment à la pratique de la CIJ et de Cour interaméricaine des droits de l'homme, alors même que le statut de ces juridictions prévoit des dispositions relatives aux mesures provisoires, ce qui n'est pas le cas du règlement de la Cour européenne.

Autrement dit, s'agissant de la question des immunités, le fait que ce soit le statut des juridictions pénales internationales qui prévoit l'exclusion de l'immunité pénale pour les crimes les plus graves ne constitue pas un obstacle dirimant à une interprétation évolutive de la jurisprudence de la Cour européenne par référence à la pratique de ces juridictions pénales internationales.

Ce sont cependant les récents développements jurisprudentiels des juridictions nationales qui représentent l'argument le plus pertinent en faveur de l'évolution de la jurisprudence européenne.

2. Une interprétation évolutive justifiée par les récents développements jurisprudentiels nationaux.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agit ici de pointer certaines décisions des juridictions nationales des Etats parties à la Convention européenne qui vont dans le sens d'une meilleure délimitation des immunités, voire d'une contestation de la règle même de l'immunité allant au-delà des exigences européennes actuelles.

⁸¹ A. CASSESE, « La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales », in G. COHEN-JONATHAN et J.F. FLAUSS (Dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour EDH*, Bruylant, 2005, p.29.

⁸² Cour EDH, 4/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*, Rec.2005-I ; Note PH. FRUMER, *RTDH*, 2005, p.799.

S'agissant des immunités des organisations internationales, il faut tout d'abord mentionner l'arrêt de la Cour de cassation française en date du 25 janvier 2005⁸³. En l'espèce, la Banque africaine de développement ayant démis de ses fonctions le requérant de nationalité française, ce dernier a alors assigné la Banque en paiement d'indemnités supplémentaires de licenciement devant les juridictions françaises, demande à laquelle la défenderesse opposait son immunité de juridiction. Il faut noter que la Convention EDH était inapplicable à la présente affaire dans la mesure où le requérant, fonctionnaire international, n'exerçait pas ses activités dans un Etat signataire de la Convention et n'était pas placé sous l'autorité de l'un de ces Etats. L'affaire se poursuivant devant la Cour de cassation, cette dernière a estimé que « la Banque africaine de développement ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction dans le litige l'opposant au salarié qu'elle a licencié dès lors qu'à l'époque des faits elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constituant un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France ». D'une part, la Cour de cassation confirme que le droit à un tribunal est intégré dans la notion d'ordre public international⁸⁴, d'autre part elle sanctionne comme constitutif d'un déni de justice l'absence de voie de recours alternative permettant au requérant de faire valoir ses droits. Elle s'aligne ainsi sur le raisonnement des arrêts de la Cour européenne *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan*⁸⁵ et refuse de faire primer de manière inconditionnelle l'immunité de juridiction sur les droits du justiciable. Cet arrêt s'inscrit donc dans un mouvement de contrôle effectif des immunités.

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles du 4 mars 2003⁸⁶ va beaucoup plus loin et met en balance concrètement la règle de l'immunité face au droit d'accès à un tribunal du justiciable. Les faits sont similaires à ceux de l'affaire française mais concernent l'immunité d'exécution d'une organisation internationale puisque la salariée licenciée demandait la saisie-arrêt sur les biens de l'organisation internationale au titre du paiement des différentes sommes auxquelles elle estimait avoir droit. La Cour d'appel se fonde sur la jurisprudence européenne *Waite et Kennedy* et estime que la solution dégagée par ces arrêts en matière d'immunité de juridiction est transposable aux immunités d'exécution puisque la Cour européenne considère que « l'exécution des décisions de justice fait partie intégrante du procès équitable ». L'assimilation est audacieuse dans la mesure où il est traditionnellement admis que l'immunité d'exécution est plus étendue que l'immunité de juridiction. L'audace de la Cour d'appel ne s'arrête pas là. Alors que l'organisation internationale arguait qu'il existait en son sein un organe compétent pour régler ce type de litige, la Cour d'appel estime que l'organisation n'a apporté « aucun élément probant démontrant le rôle juridictionnel de cet organe, ni le fait qu'il présente le cas échéant toutes les conditions et garanties que supposent le droit d'accès au juge ». Elle conclura que « la règle du droit à un procès équitable tel que consacré par l'article 6 §1 de la CEDH doit donc primer sur celle de l'immunité accordée par un accord de siège ». Le juge bruxellois se montre ici beaucoup plus exigeant sur la démonstration du caractère concret de l'existence d'une voie de recours alternative que ne l'avait été la Cour européenne dans l'affaire *Waite et Kennedy*, il rend à ce titre une solution inédite qui permet d'écarter l'immunité d'exécution d'une organisation internationale par

⁸³ C.Cass., soc., 25/01/2005, Banque africaine de développement c/ Degboe ; Note V. MOISSINAC MASSENAT, *JCP*, G, 2005, II 10185.

⁸⁴ Solution acquise depuis un arrêt C.Cass., 1^{ère} civ., 16/03/1999, Pordéa c/ Société Times News-papers limited : refus d'accorder l'exequatur à des jugements étrangers méconnaissant le droit d'accès à un tribunal.

⁸⁵ Cour EDH, 18/02/1999, *Waite et Kennedy* c/ Allemagne et *Beer et Regan* c/ Allemagne, *op. cit.*

⁸⁶ Cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} ch., 4/03/2003, Mme L. c/ Secrétariat général du Groupe des Etats ACP ; Note I. PINGEL, *La Gazette du Palais*, 16-17 avril 2004, p.1175.

référence à l'article 6 §1 de la Convention. Il faut toutefois noter qu'un pourvoi en cassation a été introduit contre cet arrêt et il faudra donc attendre confirmation de cette solution par la juridiction suprême.

Concernant l'immunité des Etats et la distinction entre actes de *jus imperii* couverts par l'immunité et actes de *jus gestionis* non couverts par l'immunité, l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 juin 2003 dans l'affaire dite de l'Ecole saoudienne de Paris⁸⁷, va dans le sens d'une limitation des immunités. Il s'agissait de déterminer si l'immunité de juridiction de l'Etat étranger s'appliquait au litige qui opposait l'Ambassade saoudienne à l'une de ses salariées à propos du refus de l'Ambassade de l'affilier aux organismes sociaux français. Rompant avec une jurisprudence antérieure hésitante quant aux critères définissant les actes couverts par l'immunité, la Cour de cassation décide de cantonner le bénéfice de l'immunité de juridiction aux seuls actes qui participent, par leur nature ou leur finalité, à l'exercice de la souveraineté de l'Etat et refuse en l'espèce le bénéfice de l'immunité au motif que l'acte en cause est un acte de gestion administrative.

Concernant l'immunité des Etats en cas de violations particulièrement graves des droits de l'homme⁸⁸, il faut distinguer les actions civiles et les actions pénales.

Concernant les actions civiles, il convient de rappeler l'arrêt de la Cour suprême grecque du 4 mai 2000 relatif au massacre de la population du village de Distomo en 1944 par les troupes d'occupation allemandes. La Cour suprême, confirmant le jugement des juridictions inférieures, refuse d'accorder le bénéfice de l'immunité pour des actes de *jus imperii* au motif qu'en violant les règles impératives du droit international, l'Allemagne avait renoncé tacitement à son immunité. Toutefois, les autorités grecques ont refusé d'autoriser l'exécution du jugement, refus confirmé par la formation plénière de la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, puis par la Cour européenne⁸⁹ (*cf supra*). Si cette tentative de faire échec à l'immunité des Etats pour des actions en réparation de crimes de guerre s'est donc révélée infructueuse, elle a néanmoins fait école puisque la Cour de cassation italienne⁹⁰ a fait droit, en se fondant sur le précédent grec, à l'action civile intentée par un requérant, déporté en Allemagne pendant la deuxième guerre mondiale. Bien que ces précédents jurisprudentiels ne puissent donner lieu à la constitution d'une règle coutumière permettant d'ignorer l'immunité des Etats, ils démontrent cependant que la règle de l'immunité est de plus en plus vivement contestée.

S'agissant des actions pénales, le principe de juridiction universelle adopté par certains Etats traduit le développement de l'idée que la protection des droits fondamentaux doit l'emporter sur le principe de souveraineté nationale. Ce principe appliqué par certaines juridictions nationales permet de punir les crimes les plus graves contre les droits de l'homme, commis en tous lieux et indépendamment de tout rattachement national de l'auteur ou de la victime. Si ce principe est très controversé, l'affaire Pinochet a incontestablement marqué un tournant dans la pratique de la répression des crimes internationaux par des juridictions d'Etats étrangers. La Chambre des Lords britannique appelée à se prononcer par deux fois (décisions du 25 novembre 1998 et 24 mars 1999⁹¹) sur la question de savoir si l'ancien chef d'Etat chilien

⁸⁷ C.Cass., ch. mixte, 20/06/2003, Mme Soliman c/ Ecole saoudienne de Paris ; Note J.G MAHINGA, *JCP*, G, 2004, II 10010 ; R. DE GOUTTES, « L'apport de l'arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation du 20 juin 2003 dans la problématique de l'immunité de juridiction des Etats étrangers », in I. PINGEL (Dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, *op. cit.*, pp.33 et ss.

⁸⁸ Voir M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali : l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, *op. cit.*

⁸⁹ Décision Cour EDH, 12/12/2002, Kalogeropoulou c/ Grèce et Allemagne, *Rec.*2002-X

⁹⁰ Cour de cassation, 11/03/2004, Ferrini c/ Allemagne.

⁹¹ Voir A. BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, *op. cit.*, pp.136 et ss.

jouissait d'une immunité le mettant à l'abri d'une demande d'extradition formulée par un Etat étranger, a répondu par la négative en raison des crimes contre l'humanité qui étaient reprochés à l'ancien dictateur. Le principe de compétence universelle est toutefois mis à mal par la CIJ dans son arrêt précité du 14 février 2002⁹². Si la Cour ne se prononce pas sur la licéité du principe de compétence universelle, l'arrêt, en réaffirmant le principe de l'immunité alors que le mandat d'arrêt international lancé contre le ministre des Affaires étrangères du Congo avait été délivré par la Belgique sur la base d'une loi de 1999 organisant la répression des crimes internationaux, remet en cause l'exercice par les juridictions nationales de leur compétence universelle. Cet arrêt n'a cependant pas empêché les autorités belges de délivrer le 29 septembre 2005 un mandat d'arrêt international contre l'ancien Président tchadien Hissène Habré pour violations graves du droit humanitaire international, ni le tribunal constitutionnel espagnol d'admettre dans une décision de 2005 l'application de la compétence universelle pour juger des crimes contre l'humanité et des génocides commis hors Espagne.

Il est indéniable que la contradiction entre la règle de l'immunité et la protection des droits de l'homme aboutit aujourd'hui à une remise en cause de la légitimité de cette règle. Si l'immunité reste nécessaire au bon déroulement des relations internationales, ses fondements doivent être réévalués à la lumière de l'atteinte portée aux droits de l'individu. Le juge européen a un rôle à jouer dans cette délicate entreprise, il ne doit plus se contenter d'une invocation neutralisante du droit international, bien au contraire, c'est en s'appuyant sur les évolutions du droit international et des jurisprudences nationales, qu'il devrait rechercher des solutions permettant de mieux délimiter les immunités et de garantir le droit de tous à un accès effectif à la justice.

Milano Laure, Maître de conférences, Université Montpellier I, Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH EA n°3976).

⁹² CIJ, 14/02/2002, République démocratique du Congo c/ Royaume de Belgique, *op. cit.*

Résumé :

Après avoir dans un premier temps refusé de contrôler les immunités au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à un procès équitable, le juge européen a mis à cette politique jurisprudentielle à partir de deux arrêts de 1999 concernant l'immunité de juridiction des organisations internationales en acceptant de confronter ces immunités aux garanties de l'article 6, et plus particulièrement au droit d'accès à un tribunal, solution ensuite étendue aux immunités des Etats. Toutefois, ce contrôle n'a pas permis d'opérer la conciliation entre immunité et droit d'accès à un tribunal, le juge européen n'ayant jamais conclu dans aucune des affaires qui lui ont été soumises à une violation de l'article 6 alors que le déni de justice auquel aboutit l'invocation d'une immunité semble en totale contradiction avec la jurisprudence européenne qui fait du droit au juge la condition de l'effectivité des droits.