



EUI Working Papers

LAW 2009/16

DEPARTMENT OF LAW

ÉTUDE CROISÉE ITALIE / CANADA SUR L'IMMUNITÉ DES ÉTATS
ET LE *JUS COGENS* EN DROIT INTERNATIONAL

Riccardo Pavoni and Stéphane Beaulac

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE
DEPARTMENT OF LAW

*Étude croisée Italie / Canada sur l'immunité des États
et le jus cogens en droit international*

RICCARDO PAVONI AND STÉPHANE BEAULAC

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 author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

ISSN 1725-6739

© 2009 Riccardo Pavoni/Stéphane Beaulac

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy
www.eui.eu
cadmus.eui.eu

Abstract

Dans sa décision de principe dans l'affaire *Ferrini*, en 2004, la Cour de cassation italienne a statué que, selon le droit international contemporain, les États étrangers ne peuvent plus bénéficier de l'immunité relativement à la juridiction civile des autres États dans les cas d'atteintes graves aux droits humains ou au droit humanitaire correspondant à des violations du *jus cogens*. La Cour a depuis maintenu cette position, sans fléchir, dans une série de décisions subséquentes, malgré l'incompatibilité avec la jurisprudence de nombreux tribunaux internationaux et nationaux, dont ceux du Canada. Après s'être attardé aux décisions judiciaires d'Italie, leur contexte et les motifs à l'appui donnés par la Cour de cassation, il s'agit de voir si l'on peut en tirer des enseignements au profit de l'expérience canadienne. Tout en reconnaissant que les systèmes juridiques du Canada et de l'Italie sont fort différents quant au statut et à la mise en œuvre du droit international sur l'immunité des États, nous concluons que la jurisprudence italienne peut s'avérer utile comme modèle pour reconsidérer la position canadienne. Cette révision devrait s'effectuer principalement sur la base de techniques d'interprétation bien établies (notamment, la présomption de conformité du droit interne avec le droit international) suivant lesquelles la jurisprudence canadienne pourra se mettre au diapason des règles les plus fondamentales du régime juridique international actuel.

In its 2004 landmark decision in the *Ferrini* case, the Italian Court of Cassation has ruled that in contemporary international law foreign States no longer enjoy immunity from the civil jurisdiction of other States when they are accused of serious violations of human rights or humanitarian law corresponding to breaches of *jus cogens*. The Court has inflexibly upheld this position in a series of subsequent decisions, notwithstanding its inconsistency with the jurisprudence of a number of international and domestic courts, including Canada's. After dwelling upon this Italian case law, its context and the reasons given by the Court of Cassation in support thereof, the paper assesses whether lessons may be drawn from it for the Canadian experience. Although the Canadian and Italian legal systems are significantly different with regard to the status and enforcement of the international law of State immunity, the paper concludes that the Italian jurisprudence may provide useful guidance for a reconsideration of the Canadian position. This reconsideration should be primarily based on well-established interpretive techniques (such as the presumption of conformity of domestic law with international law) whereby the Canadian jurisprudence may be aligned with the most fundamental rules of the current international legal order.

Keywords

State immunity – fundamental human rights – customary international law – *jus cogens* – interpretation – access to justice – Italian practice – Canadian practice

Étude croisée Italie / Canada sur l'immunité des États et le *jus cogens* en droit international

Riccardo Pavoni* et Stéphane Beaulac**

I. Introduction

William Sampson, un citoyen canadien (également britannique) est un homme d'affaire qui vaquait normalement à ses activités en Arabie Saoudite lorsqu'il fut arrêté et jeté en prison. Sans faire face à aucune accusation, Sampson a été détenu pendant 963 jours et aurait subi de multiples actes de torture et de traitements cruels et dégradants aux mains de ses geôliers saoudiens, allant de la privation de sommeil à l'agression sexuelle anale.¹ Peut-il poursuivre en justice, devant un tribunal canadien, les autorités de l'Arabie Saoudite, étant entendu que les gestes allégués sont attribuables à cet État et portent atteinte par ailleurs à des règles impératives de droit international (ou *jus cogens*), en l'occurrence celles concernant les violations graves des droits humains?

La Cour internationale de justice (ou « CIJ ») aura bientôt la chance de trancher cette épineuse question puisqu'elle fut saisie, à la fin de décembre 2008, d'un différend entre l'Allemagne et l'Italie en matière d'immunité de juridiction. Dans cette affaire, on prétend qu'il y a eu atteinte systématique et répétée à la souveraineté allemande en raison d'une série de décisions judiciaires italiennes refusant d'honorer l'immunité des États dans des affaires de violations graves du droit international des droits humains et du droit humanitaire, datant de l'époque de la seconde guerre mondiale.²

En attendant le jugement de la CIJ, il est intéressant de s'interroger sur le droit applicable dans ce domaine au Canada. Il nous semble que la réponse à cette question, selon le droit actuel au pays, serait négative : M. Sampson ne pourrait pas tenter une poursuite contre l'Arabie Saoudite devant un tribunal national canadien, afin d'obtenir réparation pour les préjudices subis, et ce, en raison des règles internationales en matière d'immunité de juridiction, telles que codifiées (et, pense-t-on, figées dans le temps) à la *Loi sur l'immunité des États*.³ En bref – et nous aurons la chance d'élaborer, évidemment – un gouvernement étranger (ou ses représentants, qui agissent dans le cadre de leurs fonctions) ne peut être contraint de comparaître devant une cour de justice nationale, sauf si une des exceptions prévues est applicable (ce qui n'est pas le cas pour la situation de Sampson).⁴

En Italie, au contraire, il est très probable que Sampson pourrait poursuivre cet État devant un tribunal national. Ironiquement, en vertu d'un concours de principes de droit international – *jus cogens*, compétence universelle – cela lui serait possible même s'il ne possède pas la citoyenneté italienne.

* Professeur associé à la Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Siena. Il a co-rédigé la partie I et rédigé la partie II du texte.

** Professeur agrégé à la Faculté de droit, Université de Montréal. Il a co-rédigé la partie I et rédigé la partie III du texte.

¹ Voir William SAMPSON, *Confessions of an Innocent Man: Torture and Survival in a Saudi Prison*, Londres, McClelland & Steward, 2005.

² *Affaire concernant l'immunité de juridiction (Allemagne c. Italie)*, requête de l'Allemagne du 22 décembre 2008; voir : <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>

³ *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18. La réponse au Canada serait sans doute la même que celle que la Chambre des Lords a donné à M. Sampson, dans une affaire qu'il a intentée, sans succès, au Royaume-Uni contre l'Arabie Saoudite et certains fonctionnaires saoudiens. Voir *Jones c. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya*, [2006] 2 W.L.R. 1424, [2007] 1 All E.R. 113, [2007] 1 A.C. 270 (jugement du 14 juin 2006).

⁴ Voir notamment *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 2 R.C.S. 269, où la Cour suprême du Canada a rejeté une demande contre l'Allemagne en raison de la législation canadienne sur l'immunité de juridiction.

Bref, malgré un lien de toute évidence plus ténu avec l'Italie, le citoyen canadien Sampson pourrait forcer l'Arabie Saoudite à répondre de ses traitements préjudiciables de torture et obtenir une réparation monétaire pour les sévices infligés pas les autorités saoudiennes. La justice italienne pourrait donc permettre ce que la justice canadienne a déjà rejeté dans des circonstances fort similaires, avec l'affaire *Bouzari c. Iran*,⁵ c'est-à-dire écarter l'immunité de juridiction dans des cas de torture perpétrés à l'étranger. Comment une telle situation, certes peu glorifiant pour le Canada, se présente-t-elle?

On doit insister, tout d'abord, sur la présence du carcan législatif de la *Loi sur l'immunité des États*, avec ses exceptions à l'immunité énumérées, qui paradoxalement sans doute, distingue le Canada et son système juridique de common law (à l'égard de ces questions) de l'Italie et des autres pays de tradition civiliste. Cette législation nationale entraîne plusieurs conséquences d'ordre général au niveau du droit applicable. La première tient du fait que le droit international sur l'immunité des États est mis en œuvre dans l'ordre juridique canadien par le biais d'une loi de droit interne, et ce même si cela n'est pas requis en raison de la nature coutumière de ces normes.⁶ Or, ce qui en résulte est fort significatif : le droit applicable au Canada en la matière serait, de ce fait, figé dans le temps. En d'autres termes, bien qu'il soit théoriquement possible d'ajuster *ipso facto* le droit national canadien eu égard aux changements dans les règles internationales sur l'immunité (s'agissant de droit coutumier, qui répond à la logique moniste), on ne pourrait le faire à cause des mesures législatives expresses – y compris des exceptions restrictives à l'immunité – prévues dans la *Loi sur l'immunité des États*.

La seconde conséquence juridique d'avoir cet instrument législatif au Canada (qui est liée à la première, en fait) découle du rapport hiérarchique entre le droit international coutumier et le droit national consigné dans une loi. Il est bien établi en jurisprudence canadienne qu'en cas de conflit ou d'incompatibilité, les normes législatives internes vont prévaloir sur les normes internationales de nature coutumière.⁷ Ce rang inférieur de la coutume – qu'on peut appeler « sous-législatif » – n'existe pas en Italie; tout le contraire en réalité, puisque la constitution italienne,⁸ à l'article 10(1), donne au droit international coutumier le rang de droit « supra-législatif », c'est-à-dire de normes constitutionnelles qui l'emportent en cas de conflit ou d'incompatibilité avec une loi ordinaire. Il s'ensuit que, si le droit international évolue et que, par exemple, se développent des limites à l'immunité des États en cas de violations graves des droits humains, au Canada, la *Loi sur l'immunité des États* ferait obstacle, si l'on peut dire, à l'ajustement du droit national en la matière; en effet, on semble croire qu'à moins d'une modification de la loi nationale pour harmoniser les deux droits, les normes législatives canadiennes (permettant l'immunité) auraient préséance sur les normes internationales coutumières (soulevant l'immunité).

En revanche, en Italie, non seulement ce scénario est-il impossible, mais le statut constitutionnel du droit international a pour conséquence de forcer l'ajustement du droit interne italien pour donner effet à cette nouvelle exception à l'immunité de juridiction. Ainsi, la réception automatique et le rang constitutionnel des normes internationales font en sorte que les juges italiens abordent l'immunité de

⁵ *Bouzari c. Iran* (2004) 243 D.L.R. (4th) 406 (C.A. Ont.), confirmant [2002] O.J. No. 1624, 114 A.C.W.S. (3d) 57 (C.S. Ont.), permission d'appel à la C.S.C. refusée, [2005] 1 S.C.R. vi.

⁶ Voir *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292. Voir aussi Stéphane BEAULAC, « Customary International Law in Domestic Courts: Imbroglio, Lord Denning, *Stare Decisis* », dans Christopher P.M. WATERS (dir.), *British and Canadian Perspectives on International Law*, Leiden & Boston, Martinus Nijhoff, 2006, p. 379.

⁷ Voir *R. c. Hape*, *ibid.*, para. 39. Voir aussi *Reference as to powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208.

⁸ Constitution de la République d'Italie, adoptée le 22 décembre 1947, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948, article 10, alinéa 1 : « L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues ». Traduction de : « L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute ». Pour une traduction en français de la constitution italienne, voir : http://fr.camera.it/cost_reg_funz/345/346/listaarticoli.asp

juridiction de façon dynamique, en totale indépendance, sans devoir attendre une intervention du pouvoir législatif. À vrai dire, même s'il existait en Italie une législation semblable à celle du Canada, elle céderait le pas aux nouvelles normes de droit international coutumier. Ceci étant, nous verrons que l'absence d'un équivalent à la *Loi sur l'immunité des États* signifie que la question qui s'est posée en jurisprudence italienne était de savoir comment on devait régler un conflit entre deux normes coutumières incompatibles en *droit international* (et non pas en droit interne), à savoir celles visant les violations graves des droits humains et celles concernant l'immunité des États.

Bref, contrairement à leurs homologues canadiens, les tribunaux italiens peuvent tenir compte des développements récents – notamment concernant le *jus cogens* et la torture – afin d'adapter le droit en matière d'immunité de juridiction dans une instance nationale. À bien des égards, l'Italie a pris le *leadership* sur ces questions dans le monde ou, plus précisément, au sein des pays civilistes en Europe, qui n'ont pas d'obstacle législatif à surmonter pour procéder de la sorte. C'est ce qui explique la grande pertinence de la présente étude croisée, qui examinera en détail la situation en Italie depuis l'arrêt de principe dans l'affaire *Ferrini* (Partie II), avant de revenir au Canada pour identifier les enseignements que l'on peut tirer de l'expérience italienne (Partie III).

II. La jurisprudence italienne sur l'immunité des États et les crimes internationaux : de l'arrêt *Ferrini* à l'arrêt *Milde*

A. L'affaire *Ferrini* et son courant jurisprudentiel

En 1944, Luigi Ferrini fut capturé en Italie par les Nazis, déporté en Allemagne et condamné aux travaux forcés dans l'industrie de guerre. Il fait partie des centaines de milliers d'anciens « internés militaires italiens » (ou « IMI »), qui furent enlevés et contraints à aller en Allemagne à la suite de l'armistice signée par l'Italie et les Alliées, en septembre 1943. Un concours de raisons politiques et juridiques complexes expliquent que M. Ferrini, et les IMI en général, n'ont pas pu obtenir aucune compensation, ni en Allemagne ni en Italie, en tant que victimes de déportation et d'esclavage. Cet élément d'information, en toile de fond, est important pour comprendre le contexte de cette affaire : M. Ferrini est un exemple criant de l'échec du politique et des moyens traditionnels interétatiques de règlement des différends pour établir un régime efficace de réparation au profit de victimes de violations graves des droits humains.

Pour M. Ferrini, toutefois, l'histoire lui a donné raison,⁹ dans un sens, puisque son nom est associé depuis 2004 à la décision de principe de la Cour de cassation italienne,¹⁰ refusant l'immunité de juridiction à l'Allemagne en raison de la gravité des crimes qu'on lui attribue, sur la base desquels la demande de compensation de Ferrini avait été formulée devant les tribunaux italiens en 1998. La Cour de cassation décida que, en vertu du droit international contemporain, un État ne peut plus jouir d'une immunité relativement à la juridiction civile des autres États lorsque la poursuite concerne la compensation d'un préjudice découlant de violations graves des droits humains et du droit humanitaire, et ce, même si ces violations constituent l'exercice de la puissance publique – c.-à-d. des actes *iure imperii* – traditionnellement couverte par la règle coutumière sur l'immunité relative des États.¹¹

⁹ Il s'agit d'une victoire morale, pour le moment, puisque la bataille judiciaire pour obtenir réparation monétaire n'est pas encore terminée. Voir *infra*, note 11.

¹⁰ *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, arrêt no. 5044, rendu le 11 mars 2004, publié dans [2004] 87 *Rivista di diritto internazionale* 539; la version anglaise du jugement se trouve au 128 I.L.R. 659; et, en plus d'une fiche d'analyse détaillée, dans la banque de données « International Law in Domestic Courts » (ci-après « ILDC »), disponible au <http://www.oxfordlawreports.com>, 19 (IT 2004).

¹¹ L'affaire fut renvoyée devant les cours inférieures – où son issue est toujours pendante – afin de décider, sur le fond, si la demande de M. Ferrini est bien fondée. Le tribunal d'Arezzo, dans un jugement daté du 12 avril 2007 (non-publié), a débouté M. Ferrini sur la base du délai de prescription extinctive des demandes de compensation pour préjudice et parce

Ce jugement est historique, et ce, au moins pour deux raisons. D'une part, la Cour suprême italienne, tout en offrant (sans que ça soit nécessaire) plusieurs motifs en faveur de l'approche retenue, a clairement indiqué que sa conclusion était fondée essentiellement sur la nature des gestes attribuables à l'Allemagne, à savoir des crimes de droit international et des violations de règles impératives de droit international (*jus cogens*).¹² Ces normes péremptoires se situeraient au sommet de la hiérarchie des sources de droit international et auront préséance sur toute autre norme internationale, y compris les règles coutumières sur l'immunité des États. La Cour de cassation a certes fait preuve d'audace dans son opinion puisque cet argument, fondé sur la hiérarchie des sources, avait été rejeté de façon constante dans d'autres affaires semblables devant des tribunaux internationaux et nationaux, dont la Cour européenne des droits de l'homme dans la célèbre affaire *Al-Adsani*¹³ et la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Bouzari*.¹⁴ Une exception existe, toutefois, soit la décision en 2000 de la Cour suprême de Grèce (*Areios Pagos*) dans l'affaire *Distomo*,¹⁵ où on a décidé de lever l'immunité de l'Allemagne relativement à un massacre d'une population civile en territoire hellénique perpétré par les Nazis lors de la seconde guerre mondiale. Cependant, le raisonnement des magistrats grecs diffère de celui de leurs homologues italiens. En effet, le gros de l'analyse des premiers portait sur l'exception de délit civil en matière d'immunité, bien établie,¹⁶ qui était applicable ici puisque ces crimes de guerre avaient été commis en territoire hellénique. C'est seulement pour dissiper le doute quant à l'application de cette exception en situation de conflit armé¹⁷ que la Cour suprême de Grèce a fait allusion au *jus cogens*, déclarant que la violation de normes péremptoires (en l'espèce, par la commission de crimes de guerre à grande échelle) doit être vue comme une renonciation implicite à l'immunité de la part de l'Allemagne. Dans *Ferrini*,¹⁸ la Cour de cassation italienne a expressément refusé l'argument de renonciation implicite (sans toutefois, nous le verrons, rejeter l'applicabilité de l'exception de délit civil).

La deuxième raison pour laquelle l'arrêt *Ferrini* est marquant permet, par ailleurs, de le distinguer radicalement de l'arrêt *Distomo*. En effet, la décision dans *Ferrini* a eu un réel impact sur la jurisprudence italienne subséquente, suivant ce précédent de façon uniforme et inconditionnelle. En revanche, en ce qui concerne la décision dans *Distomo*, non seulement fut-il impossible de l'exécuter en Grèce – en raison du refus d'autorisation par le ministre de la Justice, nécessaire pour agir à l'égard

(Contd.) _____

qu'aucune règle de droit international rendrait cette prescription inapplicable aux crimes internationaux. M. Ferrini s'est pourvu en appel de cette décision devant la Cour d'appel de Florence.

¹² Voir, notamment, les par. 9 et 9.1 de l'arrêt.

¹³ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, no. 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001. Toutes les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont disponibles, en français, à l'adresse suivante: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

¹⁴ *Bouzari c. Iran* [2002] O.J. No. 1624, *supra*, note 5.

¹⁵ *Germany c. Prefecture of Voiotia*, no. 11/2000, arrêt du 4 mai 2000; texte anglais dans ILDC 287 (GR 2000). Voir, aussi, le commentaire d'arrêt de Maria GAVOUNELI et Ilias BANTEKAS, dans [2001] 95 *American Journal of International Law* 198; ainsi que Andrea GATTINI, « To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages? », [2003] 1 *Journal of International Criminal Justice* 348, p. 359 *et suiv.* Mentionnons également que, aux États-Unis, il y a quelques jugements d'instances inférieures – dont *Von Dardel c. Union of Soviet Socialist Republics*, 623 F. Supp. 246 (D.D.C. 1985) – qui peuvent être interprétés comme acceptant l'argument de *jus cogens* à l'encontre de l'immunité des États, sans toutefois le faire sans équivoque comme dans *Ferrini* et, dans une moindre mesure, *Distomo*.

¹⁶ Voir, par exemple, l'article 6 de la *Loi sur l'immunité des États*, *supra*, note 3; l'article 12 de la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, ouverte à la signature le 17 janvier 2005; et l'article 11 de la *Convention européenne sur l'immunité des États*, entrée en vigueur le 11 juin 1976 et ratifiée jusqu'à présent par 8 États seulement.

¹⁷ Voir l'article 31 de la *Convention européenne*, *ibid.*

¹⁸ Voir par. 8.2 de l'arrêt.

des biens de l'Allemagne – mais une décision dans une autre cause, l'affaire *Margellos* en 2002,¹⁹ a mis de côté le précédent. Ainsi, la Cour suprême spéciale de Grèce dans ce dernier arrêt n'a pas reconnu l'existence en droit coutumier de l'exception de délit civil à l'immunité des États en situation de conflit armé et n'a pas, non plus, accepté l'argument subsidiaire fondé sur la primauté du *jus cogens*.

Il faut insister sur le fait que *Distomo* a été mis de côté en Grèce; la décision n'a pas été renversée ou annulée, comme certains auteurs semblent le suggérer.²⁰ Ainsi, les conclusions juridiques dans *Distomo* ne représentent plus le droit applicable dans ce pays. Toutefois, la décision comme telle est toujours pleinement valable et demeure opposable *res judicata*, bien que sa valeur de précédent ait été compromise. La décision est exécutable, par ailleurs, dans des pays autres que la Grèce. Ce qui nous amène à discuter du premier développement significatif post-*Ferrini* en jurisprudence italienne. Essentiellement, les tribunaux d'Italie ont accepté de reconnaître le jugement de Grèce dans *Distomo* et, en fait, lui ont octroyé le *exequatur* (l'autorisation d'exécution). Cela s'est fait, tout d'abord,²¹ pour les frais judiciaires (environ 3,000 Euros) encourus au procès en Grèce par l'organisme local qui a appuyé la poursuite des individus plaignants et, plus récemment,²² pour ce qui est des dommages-intérêts donnés à ces individus, soit quelque 40 millions d'Euros. Dans le premier jugement, tant la Cour d'appel de Florence que la Cour de cassation ont rejeté les requêtes d'opposition présentées par l'Allemagne. Un des arguments de l'Allemagne était fondé sur l'incompatibilité du résultat dans *Distomo* avec l'ordre public italien, car la décision ne tiendrait pas compte de l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne; il fut rejeté sans détour puisque, au contraire, le fait que les tribunaux grecs assument leur juridiction en matière de crimes de droit international va exactement dans le sens du principe énoncé dans l'affaire *Ferrini*. Suite à la position inflexible prise par l'Allemagne, refusant de payer les dommages-intérêts ordonnés dans *Distomo*, les jugements italiens ouvrent la voie à des mesures d'exécution sur les biens de l'Allemagne situés en Italie. De fait, les plaignants dans l'affaire *Distomo* ont déjà inscrit une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, un immeuble au bord au lac de Como où se trouve le siège d'un centre culturel italo-allemand.

Si ces décisions se confirment dans des affaires subséquentes, cela constituera tout un élargissement de la jurisprudence *Ferrini*, affectant la quintessence de la souveraineté des États, soit l'immunité d'exécution dont jouissent, selon le droit international général, les biens utilisés par les États à des fins de service public non commercial. Selon l'Allemagne, cette règle s'applique clairement à la Villa Vigoni. On comprend alors que l'hypothèque judiciaire qui la grève constitue l'un des principaux

¹⁹ *Germany c. Margellos*, no. 6/2002, arrêt du 17 septembre 2002; voir texte anglais, avec commentaires de Maria GAVOUNELI, dans ILDC, 87 (GR 2002). Cette affaire concernait également des crimes de guerre perpétrés par des Nazis en Grèce durant la seconde guerre mondiale. Mentionnons que la Cour suprême spéciale de Grèce (*Anotato Eidiko Dikastirio*) est une institution particulière, créée par l'article 100 de la constitution hellénique de 1975, à qui on peut référer des questions d'interprétation du droit international; ses décisions sont obligatoires et ont un effet *erga omnes*.

²⁰ Notamment, Carlo FOCARELLI, « I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente », [2007] 90 *Rivista di diritto internazionale* 637, p. 644, 647, note 26; et Andrea GATTINI, « War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision », (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 224, p. 230.

²¹ *Repubblica federale di Germania c. Amministrazione regionale della Vojotia, Grecia*, arrêts de la Cour d'appel de Florence du 22 mars 2007, [2008] *Foro italiano* I-1308, et de la Cour de Cassation no. 14199 du 29 mai 2008 (non publié encore). Voir aussi Matteo BORDONI, « Esecuzione delle sentenze all'estero ed accesso alla giustizia in caso di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo », dans F. FRANCONI *et al.* (dir.), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milan, Giuffrè, 2008, p. 357, aux p. 373-376; Pietro FRANZINA, « Norme sull'efficacia delle decisioni straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, in caso di violazioni gravi dei diritti dell'uomo », [2008] 2 *Diritti umani e diritto internazionale* 638.

²² Cour d'appel de Florence, arrêt du 21 octobre 2008 (non publié); l'affaire est maintenant devant la Cour de cassation d'Italie.

contentieux à la base de la demande auprès de la CIJ.²³ En somme, lorsqu'il s'agit de violations de *jus cogens*, les tribunaux italiens seraient prêts à aller aussi loin que de déclarer inapplicables, non seulement les règles de base sur l'immunité de juridiction, mais également celles relatives à l'immunité d'exécution.

Le second développement post-*Ferrini* était assez prévisible. Suite à la décision de 2004, des centaines²⁴ d'anciens IMI (ou de leurs descendants), victimes de déportation et de travaux forcés durant la seconde guerre mondiale, ont entamé des procédures au civil en Italie contre l'Allemagne afin de recouvrer une compensation monétaire. Ces demandes en justice ont été systématiquement contestées par l'Allemagne devant la Cour de cassation italienne, qui a dû rendre des ordonnances préliminaires de juridiction (« *regolamento preventivo di giurisdizione* ») sur chacune d'elles. L'Allemagne a exhorté la Cour suprême de reconsidérer et de renverser la décision de 2004 dans *Ferrini*, qui serait incompatible avec l'état actuel du droit international. En effet, selon l'Allemagne, il s'agirait d'un précédent isolé à l'échelle globale. Il n'y aurait pas aucune pratique étatique à l'appui de telles conclusions, comme en font foi les nombreux jugements d'instances internationales et nationales, tant avant qu'après 2004. Tous sont arrivés au même résultat, à savoir qu'un État continue de bénéficier de l'immunité de juridiction devant un tribunal étranger relativement à des actes constituant des violations graves des droits humains ou du droit humanitaire, comme la torture et les travaux forcés.

La Cour de cassation italienne, le 29 mai 2008, a rendu 12 décisions identiques.²⁵ Elle a confirmé, et ce, sans réserve, le principe de l'arrêt *Ferrini* de 2004, en réitérant que l'Allemagne n'avait pas droit à l'immunité relativement à des crimes de droit international constituant des violations du *jus cogens*. Comme il est coutume pour ces ordonnances, le style utilisé par le haut tribunal dans ses motifs est beaucoup moins élaboré que dans ses arrêts. D'un côté, il s'ensuit que les décisions en question passent sous silence, à juste titre, certains des arguments controversés avancés dans *Ferrini*,²⁶ mais de l'autre côté, la tâche d'identifier la juste interprétation du raisonnement de la Cour devient plus compliquée. Selon nous, l'essence de la position de la Cour se trouve dans un des derniers passages de ces décisions, où elle déclare qu'en maintenant le précédent de *Ferrini*, « elle est consciente de contribuer à l'émergence d'une règle à l'égard de laquelle l'immunité des États doit se conformer, une règle qu'on répute déjà, de toute façon, être inhérente au système juridique international ».²⁷ Le caractère contradictoire, en apparence, de cette déclaration aurait pu être évité si la Cour avait parlé de l'émergence d'une *pratique* (pas d'une *règle*) restreignant la portée de l'immunité. Il est crucial de comprendre que cette pratique *ne doit pas* être assimilée au *usus* nécessaire pour la formation du droit coutumier; il s'agit simplement de l'application concrète d'un principe judiciaire (ou normatif), selon lequel les États ne bénéficient pas de l'immunité de juridiction dans les cas d'atteinte à des droits fondamentaux. Aucune nouvelle règle (encore moins une nouvelle exception à la règle) n'est requise

²³ Voir la requête de l'Allemagne à la CIJ, *supra*, note 2, p. 10 et 12.

²⁴ Le chiffre avancé par l'Allemagne est de 250 demandeurs dont leur cause au civil est devant 24 tribunaux et 2 cours d'appel: voir requête à la CIJ, *ibid.*, p. 10.

²⁵ Ordonnances no. 14201 à 14212, datées du 29 mai 2008. Le texte anglais des passages-clefs de l'ordonnance no. 14201, dans l'affaire *Repubblica federale di Germania c. Mantelli et al.*, est publié, avec commentaires de Alessandro CHECHI et Riccardo PAVONI, dans ILDC, 1037 (IT 2008). Pour le texte original de l'ordonnance no. 14209, dans l'affaire *Repubblica federale di Germania c. Presidenza Consiglio dei ministri e Maietta*, voir [2008] 91 *Rivista di diritto internazionale* 869.

²⁶ Notamment, la prétendue corrélation inévitable entre la compétence universelle en matière *civile* sur les États et le principe (beaucoup plus solidement établi) de la compétence universelle en matière *criminelle* sur les représentants d'États en cas de violations du *jus cogens*.

²⁷ Italiques de la Cour. Traduction de: « [Q]ueste Sezioni unite [l'Assemblée plénière de la Cour] sono consapevoli di contribuire così alla *emersione* di una regola conformativa della immunità dello Stato estero, che si ritiene comunque già *insita* nel sistema dell'ordinamento internazionale ».

pour appliquer ce principe, qui est déjà inhérent aux règles actuelles du système juridique international, dont celles relatives à la prohibition de violations graves des droits humains. Par conséquent, ce principe peut être mis en œuvre par le biais des règles et techniques traditionnelles du droit international concernant les conflits de normes ou, mieux encore, celles en matière d'interprétation juridique.

B. Évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation italienne : l'affaire Milde

1. Le rôle incertain de l'exception de délit civil et le prétendu caractère exceptionnel de la pratique italienne

Comme nous allons voir, l'élément déterminant qui montre que la méthode choisie par la Cour de cassation met en jeu l'interprétation de règles et principes existants dans le système juridique international vient du troisième développement significatif post-*Ferrini*, qui s'est conclu avec la décision datée du 13 janvier 2009 dans l'affaire *Milde*.²⁸ Dans une cause criminelle militaire présentée *in absentia* contre un officier de l'armée Nazie, qui aurait participé en juin 1944 au massacre de civils dans des villages près de la ville d'Arezzo,²⁹ la cour compétente de première instance a condamné l'accusé à la prison à vie et à réparer le préjudice subi par les victimes.³⁰ En ce qui concerne les dommages-intérêts au civil, la Cour, en donnant droit à la requête de certains des plaignants³¹ (soit des survivants ou leurs descendants), a imposé une responsabilité conjointe et solidaire à l'Allemagne. Le montant provisoire (mais exécutoire immédiatement) de dommages-intérêts a été fixé à 1 million d'Euros. Cette décision a été confirmée à la Cour d'appel militaire³² et, enfin, à la Cour de cassation italienne, dans le jugement mentionné. Une différence importante avec la jurisprudence dont on a discuté jusqu'à maintenant tient au fait que cette cause fut également décidée au mérite. Les cours ont ainsi rejeté tous les arguments voulant que l'Italie, en raison du Traité de paix de 1947 ou de l'Accord bilatéral germano-italien de 1961 (ou Accord de Bonn), aurait en définitive renoncé, à la fois pour elle et pour ses ressortissants, à toute demande contre l'Allemagne concernant des faits s'étant produits entre le 1^{er} septembre 1939 et le 8 mai 1945. Selon l'opinion de ces cours, le Traité de paix ne peut s'appliquer à l'Allemagne puisque non-partie à celui-ci et, quant à l'Accord de Bonn, la renonciation dont il parle se limiterait aux demandes en existence au moment de sa conclusion et exclurait les demandes futures, dont celles de l'espèce.³³ Par ailleurs, selon le droit italien, aucune question ne pouvait se soulever à propos de la prescription extinctive puisque les demandes se fondaient sur des crimes (des meurtres à grande échelle attribués à M. Milde) imprescriptibles.³⁴ Ainsi, l'Allemagne devra maintenant soit payer les dommages-intérêts octroyés par les cours ou entamer d'autres procédures à l'encontre d'inévitables mesures de contrainte qui seront prises par ses créanciers.

²⁸ *Procedimento penale a carico di Milde*, arrêt de la Cour de cassation (première section pénale) no. 1072, datée du 13 janvier 2009 (non publié encore).

²⁹ Selon le scénario habituel des atrocités Nazies de l'époque, 203 personnes (incluant plusieurs personnes âgées, des femmes et des enfants) furent brutalement mises à mal, torturées et tuées à titre de représailles suite à la mort de quatre soldats allemands causée par les troupes de résistance (*partigiani*). Ces crimes de guerre, pour lesquels aucune responsabilité civile ou pénale n'avait été établie jusqu'à tout récemment, sont connus comme le « massacre de Civitella Val di Chiana ».

³⁰ Tribunale militare della Spezia, arrêt du 10 octobre 2006 (non rapporté).

³¹ Cette procédure, connue sous le nom de « *costituzione di parte civile nel processo penale* », est généralement adoptée dans les systèmes juridiques civilistes et permet aux victimes d'actes criminels de prendre part aux procès de droit pénal et, dans ce contexte, de recouvrer des dommages-intérêts au civil.

³² Corte militare di appello, arrêt du 25 janvier 2008 (non rapporté).

³³ Voir l'arrêt de la cour d'appel militaire, *ibid.*, par. 3.2 et l'arrêt de la Cour de cassation, *supra*, note 28, par. 8.

³⁴ Voir l'arrêt de la Cour d'appel militaire, *ibid.*, par. 9.4.

Pour nos fins, il faut remarquer que la conclusion imposant une responsabilité conjointe et solidaire à l'Allemagne s'explique par le fait que toutes les trois instances ont adopté le principe de l'affaire *Ferrini*, voulant qu'il n'existe pas d'immunité pour les crimes de droit international relevant du *jus cogens*. Cela étant dit, le raisonnement de la Cour d'appel militaire et celui de la Cour de cassation se distinguent de façon significative. Bien que, en les comparant avec les précédents examinés ci-dessus, on s'aperçoit que les deux cours ont diminué la pertinence de l'argument de *jus cogens*, la première a explicitement limité son opinion au cas d'espèce, qui concernait des crimes de guerre commis en *territoire italien*. Ceci a permis d'appliquer l'exception de délit civil à l'immunité de juridiction des États qui, selon la Cour d'appel militaire, se fonde sur une règle de droit international coutumier n'excluant pas les activités militaires.³⁵ En d'autres termes, la Cour a évité de prendre position en faveur d'une application plus large du principe de *Ferrini* englobant les actes illicites qui ont eu lieu à l'extérieur du territoire du forum. En effet, tout en donnant un poids réel au critère *locus commissi delicti*,³⁶ la décision dans *Ferrini* avait exprimé son appui – ce qui lui avait valu beaucoup de critiques – à l'idée de compétence universelle en matière civile relativement à la responsabilité des États pour crimes internationaux.³⁷ En revanche, contrairement à la Cour d'appel militaire, la Cour de cassation dans son jugement de 2009 dans l'affaire *Milde* est retournée à une formulation large du principe de non-immunité pour les violations graves des droits humains. On a fait montre d'astuce, toutefois, en évitant de désavouer l'approche de la Cour d'appel militaire,³⁸ d'une part, et en ne mettant pas l'accent sur la notion de compétence universelle,³⁹ d'autre part.

Nous arrivons ici à la croisée des chemins dans notre examen de la jurisprudence italienne sur ces questions. Tout d'abord, la direction prise par la Cour d'appel militaire avait été dictée par l'impression d'un besoin de différencier la décision dans *Ferrini* des autres causes – en particulier, *Al-Adsani*, *Bouzari* et *Jones* – invoquées par l'Allemagne, où on a confirmé le principe de l'immunité même en ce qui a trait aux violations graves des droits humains. Il était simple, alors, d'insister sur le fait que toutes ces affaires concernaient des actes de torture perpétrés à l'étranger et que, par conséquent, elles n'avaient aucune incidence sur l'applicabilité du principe de *Ferrini* aux délits civils commis sur le territoire du forum.⁴⁰ La Cour de cassation n'a fait que noter en passant (et en approuvant) ces remarques de la cour d'instance inférieure; dans sa décision, toutefois, elle a accepté une formulation large et libérale du principe de *Ferrini*, et ce, en raison des considérations méthodologiques qu'on va illustrer plus loin (Partie II.B.2). La position de la Cour suprême italienne a été bien avisée à cet égard : pas tant parce qu'il a toujours été évident que le principal argument de l'arrêt *Ferrini* n'était pas l'exception de délit civil, mais plutôt en raison de certaines décisions jurisprudentielles post-*Ferrini*

³⁵ *Ibid.*, par. 6.1.1-6.1.2, 6.2.1-6.2.4 et 8. Cette position a été récemment défendue par Natalino RONZITTI, « L'eccezione dello *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005? » dans F. FRANCONI *et al.* (dir.), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milan, Giuffrè, 2008, p. 45, aux p. 63-64.

³⁶ Arrêt no. 5044, daté du 11 mars 2004, *supra*, note 10, par. 10 et 10.1. En fait, dans l'affaire *Ferrini* aussi, une partie des crimes (c.-à-d. la déportation forcée) avait eu lieu en territoire italien.

³⁷ *Ibid.*, par. 9 et 12.

³⁸ Ce qui, après tout, l'Italie serait prête à défendre si la cause devant la CIJ est entendue au mérite.

³⁹ La décision ne contient qu'une courte référence à la notion de compétence universelle en matière criminelle relativement aux crimes internationaux: voir arrêt no. 1072, datée du 13 janvier 2009, *supra*, note 28, par. 5.

⁴⁰ Arrêt de la Cour d'appel militaire, *supra*, note 32, par. 6.1.1.

démontrant que les juges italiens sont prêts à appliquer le principe de non-immunité aussi aux situations alléguant des violations des droits humains commises à l'extérieur du territoire du forum! Il faut souligner que, dans les 12 affaires décidées de façon identique le 29 mai 2008,⁴¹ quelques-unes concernaient des ressortissants italiens qui n'avaient *pas* été capturés sur le territoire de l'Italie.⁴²

Dans un second temps, et en conséquence, s'il est certes vrai que le principe de *Ferrini* est maintenant bien établi dans la jurisprudence italienne,⁴³ peut-on croire que les tribunaux italiens sont prêts à entendre des demandes contre des États étrangers formulées par des ressortissants étrangers ayant trait à des violations des droits humains survenues en dehors de l'Italie? Ou, plutôt, faut-il penser qu'à la première occasion, les tribunaux italiens mettront ces demandes de côté en interprétant la décision *Ferrini* comme applicable aux délits civils sur le territoire ou, peut-être, en insistant sur l'absence de lien juridictionnel avec l'Italie dans les cas d'espèce? La décision de la Cour d'appel militaire dans *Milde*, de même que la réticence subséquente de la Cour de cassation à traiter de cet aspect, démontrent que le problème n'est pas résolu. Toutefois, nous sommes d'avis que la crédibilité et la force persuasive de la jurisprudence *Ferrini* dépendent en large partie de cet élément. Si les tribunaux italiens limitent le principe de *Ferrini* aux délits civils sur le territoire, ou même aux délits civils dont les ressortissants italiens sont victimes, son uniformité et sa cohérence en seront compromis, de même que son rôle dans l'évolution du droit international.

En troisième lieu, une autre question corollaire se présente ici : est-ce que l'exception de délit civil est la seule façon de distinguer la jurisprudence italienne de la position retenue par les autres cours et les autres pays? Nous ne croyons pas, surtout si l'on considère le *contexte juridique* particulier dans lequel ont été rendues les décisions dans les affaires *Al-Adsani*, *Bouzari* et *Jones*. En ce qui concerne la mise en œuvre du droit international en général, de même que dans le domaine de l'immunité de juridiction en particulier, le contexte juridique des pays de common law – comme le Royaume-Uni et le Canada – est fondamentalement différent de celui de droit civil en Italie. Comme il a été suggéré en introduction (Partie I), nous sommes d'avis que la particularité de la position italienne s'explique par ces facteurs⁴⁴ : a) l'absence de législation nationale sur les immunités de droit international et, partant, l'absence de débat sur l'opportunité d'y avoir une exception en cas de violations des droits humains; b) le statut constitutionnel du droit international coutumier; c) l'affranchissement et la complète indépendance du pouvoir judiciaire italien par rapport aux positions du pouvoir exécutif relativement au droit international; et d) la grande tradition historique des cours en Italie à participer au

⁴¹ *Supra*, note 25

⁴² En particulier, voir *Repubblica federale di Germania c. Presidenza Consiglio dei ministri e Sciaqua*, ordonnance no. 14206, datée du 29 mai 2008 (non rapportée), qui relate que M. Sciaqua fut enlevé à Larissa (Grèce) en septembre 1944 et contient quand même (bien que clairement par erreur) une référence au fait qu'une partie des gestes reprochés furent commis en territoire italien. Voir également *Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma et al. c. Lozano*, arrêt de la Cour de cassation (première section pénale) no. 31171, daté du 24 juillet 2008, [2008] 91 *Rivista di diritto internazionale* 1223, texte anglais, avec commentaires de Paolo PALCHETTI, dans ILDC, 1085 (IT 2008), où le principe de *Ferrini* est considéré pouvoir s'appliquer à l'homicide par un soldat américain, en 2005, d'un agent italien de renseignement de sécurité survenu *en Iraq* (par. 6); voir aussi *Borri c. Repubblica argentina*, ordonnance no. 11225, datée du 27 mai 2005, [2005] 88 *Rivista di diritto internazionale* 856, texte anglais, avec commentaires de Carlo FOCARELLI, dans ILDC, 296 (IT 2005), où la Cour se demande si (et rejette que) les mesures d'urgence adoptées *en Argentine* suite à la crise économique de 2002 devraient ne pas tomber sous le coup du principe d'immunité en vertu de la jurisprudence *Ferrini* (par. 2 et 4.3).

⁴³ Comme la Cour suprême italienne elle-même a dit dans le jugement *Milde* en 2009 (voir décision no. 1072, datée du 13 janvier 2009, *supra*, note 28, par. 3 (*in fine*)), où on parle d'une « position interprétative qui [...] représente désormais un élément bien établi dans la jurisprudence de la Cour de cassation » (« posizione interpretativa che [...] rappresenta ormai un punto fermo nella giurisprudenza di legittimità »).

⁴⁴ Voir Alessandra GIANELLI, « Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza *Ferrini* » (2004) 87 *Rivista di diritto internazionale* 643, p. 668; Andrea BIANCHI, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international » (2004) 50 *Revue générale de droit international public* 63, p. 71-72 et 79.

développement des règles coutumières en matière d'immunité des États. Les tribunaux nationaux peuvent évidemment jouer un rôle crucial dans le développement du droit international,⁴⁵ surtout lorsqu'une question particulière n'est pas considérée tranchée, mais plutôt comme étant reflétée par une pratique souvent ambiguë, hétéroclite et fluide. Le fait que la pratique au sujet de l'immunité et des droits humains serait fluide ressort des différentes opinions dissidentes exprimées dans des décisions bien connues, comme dans les affaires *Al-Adsani*⁴⁶ et *Margellos*,⁴⁷ de même que des opinions *obiter*⁴⁸ qui s'y trouvent souvent et suggérant que le droit applicable pourrait bien changer dans le futur.

D'ailleurs, une illustration flagrante que la pratique est loin d'être établie nous vient des États-Unis, d'où origine à vrai dire tout le débat au sujet de l'immunité et des droits humains. D'une part, les tribunaux américains prennent juridiction fréquemment sur des affaires de violations de droits fondamentaux commises par des représentants d'États étrangers en vertu du *Alien Tort Claims Act* de 1789.⁴⁹ Bien que ces violations ne soient pas vues comme des actes publics officiels et, partant, ne constituent pas *comme telles* des atteintes à la règle sur l'immunité des États, il faut néanmoins insister sur le fait que cette caractérisation est hautement artificielle et serait en fait, selon un auteur, rien de plus qu'un « practical expedient for circumventing the strictures »⁵⁰ du *Foreign Sovereign Immunities Act*⁵¹ de 1976. D'autre part, on sait aussi que les États-Unis ont introduit dans leur *Foreign Sovereign Immunities Act*, et que leurs cours ont appliqué fréquemment, un « terrorism exception to state immunity »,⁵² selon lequel les États qui sont complices d'activités terroristes – comme ce serait le cas pour l'Iran et la Syrie – ne peuvent pas bénéficier de l'immunité de juridiction pour des actes de torture, des exécutions sommaires, des sabotages d'aéronefs et des prises d'otages. On met souvent en doute la pertinence de cette législation en raison de sa nature sélective et essentiellement politique. En effet, afin d'y avoir recours, le plaignant doit être soit un ressortissant américain soit un employé au service des États-Unis agissant dans le cadre de ses fonctions et, surtout, l'État complice d'activités terroristes poursuivi doit avoir été déclaré comme tel par la branche exécutive du gouvernement américain. Bien que ces caractéristiques soient vraies, selon nous, il n'en demeure pas moins que cette législation illustre combien, lorsqu'on est en présence de violations graves des droits humains, les règles d'immunité ne sont pas immuables et, par conséquent, chaque État conserve une marge de

⁴⁵ Surtout dans certains domaines dont l'immunité de juridiction : voir Benedetto CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII éd. Naples, Editoriale scientifica, 2006, p. 34-35 et 46-47.

⁴⁶ Voir *Al-Adsani*, *supra*, note 13, opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflisch, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić. On ne peut pas passer sous silence que presque tous les juristes internationaux composant la CEDH à cette époque ont exprimé leur dissidence, comme le remarque BIANCHI, *supra*, note 44, p. 96. Le jugement dans *Al-Adsani* a été tranché par la mince majorité de 9 contre 8.

⁴⁷ Voir *Germany c. Margellos*, *supra*, note 19, opinion dissidente commune aux juges Rizos, Kroustalakis, Simopoulos, Prassos et Gyftakis. Encore ici, la décision fut rendue sur la base d'une mince majorité de 6 contre 5.

⁴⁸ Voir, par exemple, *Bouzari*, *supra*, note 5, par. 73 (C.S. Ont.); *ibid.*, par. 95 (C.A. Ont.); *Jones*, *supra*, note 3, par. 63 (*per* Lord Hoffmann); Cour européenne des droits de l'homme, *Kalogeropoulou et al. c. Grèce et Allemagne*, no. 59021/00, arrêt du 12 décembre 2002, p. 9.

⁴⁹ Codifié dans 28 U.S.C. 1350 (2000).

⁵⁰ Antonio CASSESE, « When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium Case* » (2002) 13 *European Journal of International Law* 853, p. 869. C'est pourquoi nous ne pouvons être du même avis que ces auteurs qui suggèrent qu'on doit rejeter *de plano* que ces précédents américains soient pertinents en matière d'immunité des États; voir Pasquale DE SENA et Francesca DE VITTOR, « State Immunity and Human Rights : The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini Case* » (2005) 16 *European Journal of International Law* 89, p. 108-109.

⁵¹ Codifié dans 28 U.S.C. 1330.

⁵² Originellement prévue dans le *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, et, suites à des modifications en substance effectuées en 2008 (Pub.L. 110-181, Div. A, Par. 1083(b)(1)(A)(iii), 122 Stat. 338), codifiée dans 28 U.S.C. 1605A.

manœuvre substantielle en la matière.⁵³ Un autre élément important à cet égard est que, tout en étant critiqué en doctrine et en jurisprudence, cette exception pour terrorisme aux États-Unis n'a pas fait l'objet de protestation significative de la part des autres États, mis à part évidemment ceux qui étaient visés par ladite exception. Il est par ailleurs curieux que ces critiques s'abstiennent de caractériser cette exception aux États-Unis comme étant clairement un fait internationalement illicite.⁵⁴

Enfin, en ce qui concerne l'incompatibilité de la jurisprudence *Ferrini* avec celle de la Cour européenne des droits de l'Homme (« CEDH »), il faut souligner que le contexte juridique dans lequel la CEDH opère doit être distingué de ceux propres aux tribunaux nationaux. Ce contexte repose sur la présence d'un traité régional sur les droits humains, quoique caractérisé par des aspects spéciaux, et d'une organisation internationale – le Conseil de l'Europe – qui en surveille l'exécution. L'un et l'autre demeurent légitimes en vertu du consentement de leurs États membres / contractants. En outre, la *Convention européenne des droits de l'Homme* ne se compare pas aux constitutions nationales et les décisions de la CEDH ne peuvent absolument pas être considérées comme ayant la même valeur en droit interne que celles des hautes cours de justice nationales. Il est clair que l'effet des décisions de la CEDH sur l'évolution du droit international peut être de large portée. Toutefois, comme nous le rappellerons plus tard, les éléments structureaux qu'on vient d'aborder ont eu pour conséquence que la jurisprudence de la CEDH est prudente et conservatrice, surtout qu'on prend soin de ne pas aller au-delà des positions et des règles bien établies dans les systèmes juridiques internes des membres du Conseil de l'Europe. La CEDH, en principe, hésite à prendre le leadership en ce qui concerne le développement des règles sur les immunités de droit international.

2. L'interprétation systématique de l'ordre juridique international et ses conséquences pour le droit d'accès à la justice

Pour revenir au jugement de 2009 dans *Milde*, il est important de souligner que la prétendue ressemblance avec l'affaire *Ferrini* est plus apparente que réelle. On ne devrait pas le voir comme un suivi mécanique de la décision *Ferrini*, et ce, pour trois raisons. La première raison, et selon nous la plus importante, relève de la méthodologie favorisée par la Cour de cassation. Sur la base de références rapides sorties de ses décisions précédentes, la Cour dit clairement que la clé pour résoudre le dilemme posé par la coexistence de deux normes coutumières de droit international – celle sur l'immunité des États et celle sur la protection des droits humains – réside dans un des outils les plus précieux des juges, à savoir le pouvoir en matière d'interprétation.⁵⁵ Lorsqu'on exerce ce pouvoir, on devrait donner priorité à l'interprétation systématique et logique, puisqu'il s'agit de la technique juridique par excellence permettant d'avoir une vision unifiée et cohérente du droit international, c'est-à-dire une compréhension du droit en tant que vrai système.⁵⁶ Il s'ensuit que la question ici n'en est pas une relative à la création de nouvelles normes (ou de nouvelles exceptions) en matière d'immunité des États; il s'agit plutôt de savoir comment aménager la portée d'application respective des normes existantes. Dans cette perspective, le *jus cogens* devient seulement un élément qui corrobore *a fortiori* l'analyse de la Cour.⁵⁷ L'idée de hiérarchisation qu'il exprime ne fait pas de doute, mais il ne s'agit pas d'un remède miracle qui règle tout problème juridique où on l'invoque. Aucun effet automatique n'est

⁵³ Voir *Ferrini*, *supra*, note 10, par. 10.2

⁵⁴ Ce qui serait logique. Pour un exemple qui fait exception, où l'auteur n'a plutôt eu aucune hésitation à voir cette exception aux États-Unis comme un fait internationalement illicite, voir Francesca DE VITTOR, « Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali » (2002) 85 *Rivista di diritto internazionale* 573, p. 607.

⁵⁵ Sur la méthodologie d'interprétation juridique, voir en général Stéphane BEAULAC, *Précis d'interprétation législative – Méthodologie générale, Charte canadienne et droit international*, Toronto, LexisNexis, 2008.

⁵⁶ Arrêt no. 1072, daté du 13 janvier 2009, *supra*, note 28, par. 4, 5, 6 et 7. Cette approche de la Cour de cassation semble vraiment reprendre la position défendue depuis longtemps par un auteur de doctrine italien, qui a contribué largement à la réflexion sur l'immunité et les droits humains; voir Andrea BIANCHI, *supra*, note 44, p. 96-100.

⁵⁷ Voir *ibid.*, par. 6 de l'arrêt.

nécessairement associé au *jus cogens*. Ce raisonnement permet à la Cour de formuler cette étonnante conclusion : le principe de l'immunité des États « est inopérant lorsqu'il entre en concurrence avec le principe de droit international coutumier qui rend légitime l'exercice des voies de recours pour obtenir réparation pour un préjudice causé par des crimes internationaux découlant de violations graves à des droits humains inaliénables ». ⁵⁸

Ce passage peut être vu comme signifiant que la violation de *toutes* règles coutumières sur les droits humains – y compris, selon la Cour, le droit d'accès à la justice – rend le principe de l'immunité inapplicable, par opposition à seulement les règles coutumières qui ont atteint le statut de *jus cogens*. Il est toutefois vrai, par ailleurs, que la Cour semble assumer que tout le droit coutumier des droits humains constitue du *jus cogens*. ⁵⁹ De toute façon, il est clair que cette conclusion est possible en raison de l'importance que la Cour donne aux critères d'interprétation; en revanche, elle aurait été sérieusement compromise en suivant (celle que la Cour certainement considère) une approche juridique légaliste (et formaliste).

Dans un second temps, et en conséquence, la décision dans *Milde* est remarquable puisqu'elle donne un appui inconditionnel au droit d'accès à la justice pour les victimes de violations des droits humains qui souhaitent obtenir réparation. Ceci étant, contrairement à ce que la Cour laisse entendre, l'existence d'un tel droit en vertu de la coutume est très controversée. ⁶⁰ De plus, l'approche retenue par la Cour met de côté ce qui est sans doute l'argument le plus fréquemment invoqué ⁶¹ à l'encontre de la primauté des droits humains sur l'immunité des États, à savoir qu'il ne peut pas y avoir d'antinomie entre la protection *substantielle* des droits humains ⁶² et la règle *procédurale* de l'immunité des États, et que le droit d'accès à la justice ⁶³ – peu importe sa teneur – ne peut d'aucune façon être du *jus cogens*. La Cour suprême italienne passera outre cet obstacle en ayant recours, encore une fois, à des critères d'interprétation : en l'espèce, l'interprétation logique mène à la conclusion selon laquelle le droit international, étant entendu qu'une valeur essentielle de son système est la protection des droits fondamentaux, doit nécessairement permettre aux victimes de violations de pouvoir avoir accès à un tribunal, et ce, pour s'assurer de l'efficacité et de la primauté de ces droits. ⁶⁴ La conclusion contraire serait clairement contradictoire et mettrait en péril la « cohérence interne du système ». ⁶⁵ En ce faisant, la Cour renforce le statut du droit d'accès à la justice pour les victimes de violation des droits humains en droit international. Encore une fois, il ne s'agit pas tant d'une question de *jus cogens* ou une question de distinction entre les obligations substantielles et procédurales; il s'agit plutôt de réaliser que le droit à un recours pour la réparation de violations des droits humains est un élément indispensable et inséparable des protections substantielles de ceux-ci (cf. « *ubi jus ibi remedium* »).

⁵⁸ *Ibid.*, par. 4. Traduction de : « il principio consuetudinario dell'immunità giurisdizionale degli Stati [...] è destinato a rimanere inoperante nelle fattispecie nelle quali con esso concorra il principio di diritto internazionale consuetudinario che legittima l'esercizio dei mezzi di tutela apprestati per la reintegrazione dei danni provocati da crimini internazionali originati da gravi lesioni dei diritti inviolabili della persona umana ».

⁵⁹ *Ibid.*, par. 6.

⁶⁰ Francesco FRANCONI, « The Rights of Access to Justice under Customary International Law », dans Francesco FRANCONI (dir.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1, aux p. 1 *et suiv.*; et voir le résumé instructif du débat actuel, incluant des références précises au droit de réparation en cas de violation des droits humains ou du droit humanitaire, de Alessandra GIANELLI, *supra*, note 44, p. 677-682.

⁶¹ La formulation la mieux connue de cet argument se trouve dans Hazel FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 525; pour un exemple remarquable de son influence sur la pratique judiciaire, voir *Jones*, *supra*, note 3, par. 24 (*per* Lord Bingham of Cornhill).

⁶² Par exemple, la prohibition de la torture.

⁶³ Par exemple, en donnant un droit de réparation au civil pour les victimes de torture.

⁶⁴ Arrêt no. 1072/2009, *supra*, note 28, par. 7.

⁶⁵ *Ibid.* Traduction de : « la coerenza interna del sistema ».

Troisièmement, la décision dans *Milde* est importante parce que c'est la première fois depuis le début de la jurisprudence *Ferrini* que la Cour de cassation invoque la constitution italienne dans le but de confirmer *a fortiori* le bien fondé et la justesse de ses conclusions. Cela s'explique sans doute du fait que la Cour se rend compte du caractère innovateur de son approche et du faible appui que la pratique internationale lui donne. La Cour rappelle donc l'article 10(1) de la constitution⁶⁶ et les règles qui en découlent voulant que le droit international coutumier soit de réception automatique et qu'il jouit d'un statut constitutionnel dans l'ordre juridique italien. Elle rappelle également la position bien établie en doctrine selon laquelle la mise en œuvre nationale des règles coutumières doit se conformer à la limite structurelle qui exige de ne pas aller à l'encontre des principes cardinaux du système constitutionnel italien avec, en tête de liste, le principe de protection des droits fondamentaux tel qu'enchâssé dans la constitution elle-même.⁶⁷ Il est clairement sous-entendu que les droits humains d'ordre constitutionnel ont préséance sur le principe de l'immunité des États relevant de la coutume. La Cour ne mentionne pas quels sont ces droits en particulier, mais à la lumière de ce qui a été vu plus tôt, la référence serait ici au droit à la protection juridictionnelle prévue à l'article 24(1).⁶⁸ Par conséquent, si le droit d'accès à la justice ne peut rendre le principe d'immunité inopposable en vertu du droit *international*, il se peut bien qu'il puisse le faire en vertu du droit *national*. Il s'agit visiblement d'un argument subsidiaire – quoique décisif en soi – mis de l'avant par la Cour. D'un point de vue du droit italien, cet argument est bienvenu parce qu'on espère clarifier ainsi une fois pour toute cette question qui n'en finit plus,⁶⁹ soit celle de savoir quelle est la relation entre la règle coutumière en matière d'immunité et le droit constitutionnel à la protection judiciaire, en statuant que la première ne peut pas en principe déroger au second.

Il est vrai que cette position ne devrait pas être vue comme absolue : il est certes raisonnable de prétendre qu'en autant que le droit des individus à un redressement peut être exercé de façon comparable et *effective* dans une autre juridiction, les tribunaux du forum devrait reconnaître (conditionnellement) l'immunité de juridiction, et ce, même s'il s'agit d'un cas de violation de droits humains. Il faut comprendre, toutefois, que les tribunaux de l'État responsable de violations, pour des raisons évidentes, ne peuvent pas en principe constituer une telle juridiction alternative et efficace.⁷⁰ Lorsqu'ils seront appelés à juger d'autres affaires mettant en jeu les droits humains et l'immunité des États, les tribunaux devront considérer adéquatement cet aspect, qui semble ajouter des éléments de proportionnalité et d'équité au débat trop souvent polarisé par des positions radicalement opposées. Dans la direction contraire, cet aspect est pertinent tant pour les tribunaux italiens que pour les cours de justice qui s'obstinent à nier un redressement aux victimes de violations des droits humains sur la base de l'immunité des États. Une de ces cours est certes la CEDH : la raison principale pour laquelle

⁶⁶ Voir *supra*, note 8.

⁶⁷ Arrêt no. 1072/2009, *supra*, note 28, par. 7.

⁶⁸ Selon l'article 24(1) de la constitution italienne : « Toute personne peut agir en justice pour la protection de ses droits [...] ». Traduction de : « Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti [...] ».

⁶⁹ En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation fait preuve d'ambivalence persistante à ce sujet. Par exemple, dans des décisions récentes mettant en jeu l'immunité d'organisations internationales, on peut malheureusement voir exprimé, en *obiter*, l'opinion que la constitution italienne (y compris l'article 24(1), concernant le droit de protection judiciaire) est soumise au principe de droit coutumier relatif à l'immunité des États; voir *Pistelli c. Istituto universitario europeo*, arrêt no. 20995, daté du 28 octobre 2005, par. 14, [2006] 89 *Rivista di diritto internazionale* 247, texte anglais, avec commentaires de Massimo IOVANE, dans ILDC 297 (IT 2005). Voir aussi Riccardo PAVONI, « La jurisprudence italienne sur l'immunité des États dans les différends en matière de travail: tendances récentes à la lumière de la convention des Nations Unies », (2007) 53 *Annuaire français de droit international* 211, p. 221-223.

⁷⁰ À cet égard, voir les remarques pertinentes de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Bazouri*, *supra*, note 5, par. 23-24 et 36-38. Voir aussi Nicolas ANGELET et Alexandra WEERTS, « Les immunités des organisations internationales face à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme » (2007) *Journal du droit international* 3, p. 11-12, qui nient toutefois l'exigence générale des voies alternatives comme condition de respect du droit d'accès à la justice.

nous ne pouvons être d'accord avec le courant jurisprudentiel qui y est établi,⁷¹ toujours favorable au maintien de l'immunité des États, tient au fait justement que la Cour refuse systématiquement de prendre position véritablement sur la possibilité de redressements alternatifs et efficaces.⁷² Selon nous, il est important de ne pas assimiler ces redressements aux moyens de résolution de conflits interétatiques, telle la protection diplomatique.⁷³ Malgré les nombreuses discussions ces derniers temps relativement au besoin de moderniser la protection diplomatique pour la rendre plus apte à répondre convenablement aux violations des droits humains, cette institution est encore aujourd'hui très inadéquate pour ces fins. Évidemment, dans l'hypothèse que ces moyens traditionnels ont été, de fait, bénéfique aux victimes de violation des droits humains, cela peut et devrait être pris en considération par le tribunal qui se prononce sur la question de savoir si la prise de juridiction se justifie dans le cas d'espèce.

Quid pour les IMI, comme M. Ferrini, ou des victimes de massacres, comme les plaignants dans les affaires *Distomo* et *Milde*? Bien que les tribunaux en Italie n'aient jamais abordé directement cet aspect de la question, leurs décisions semblent néanmoins biens fondées à cet égard puisque ces affaires constituent, en elles-mêmes, des histoires emblématiques de vieux torts non-réparés qui, pour les IMI à tout le moins, ont fait l'objet de multiples tentatives afin de les réparer, toutes sans succès, auprès de plusieurs autres instances adjudicatives, dont la CEDH.⁷⁴

III. Leçons à tirer de la jurisprudence italienne pour l'immunité des États au Canada

Nous avons vu, en introduction (Partie I), que la situation au Canada est bien différente de celle en Italie pour ce qui est de l'immunité des États, ce qui de fait explique le résultat diamétralement opposé obtenu dans l'affaire *Bouzari*, comparativement aux décisions dans *Ferrini* et *Milde*. Dans le jugement de 2004, la Cour d'appel de l'Ontario avait rejeté la demande de réparation monétaire contre l'Iran relativement à des actes de torture perpétrés, plaidait-on, en territoire iraniens et imputables aux autorités de cet État. Outre le cadre législatif adopté au pays, qui signifierait que le droit coutumier serait figé dans le temps, une autre distinction importante entre le Canada et l'Italie est au niveau de l'ordre hiérarchique inférieur du droit international coutumier sur les immunités des États par rapport au droit interne en la matière. Cela constituerait un obstacle à l'évolution en faveur d'une nouvelle exception à l'immunité pour violations graves des droits humains au Canada. Ceci étant, ce portrait est-il exact et complet ou peut-on quand même tirer des enseignements utiles de l'expérience italienne?

⁷¹ En plus de *Al-Adsani* (*supra*, note 13), voir *Fogarty c. Royaume-Uni*, no. 37112/97, arrêt du 21 novembre 2001; *Kalogeropoulou*, *supra*, note 48; *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, no. 60861/00, décision du 3 mars 2005; et *Treska c. Albanie et Italie*, no. 26937/04, décision du 29 juin 2006.

⁷² En effet, selon la Cour, « [o]n ne peut dès lors *en règle générale* considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6, paragraphe 1, des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des États », *Al-Adsani*, *ibid.*, par. 56 (nos italiques). La seule affaire où l'on peut trouver une référence – rapide et secondaire – à l'existence de voies judiciaires alternatives, est *McElhinney c. Irlande*, no. 31253/96, arrêt du 21 novembre 2001, par. 39.

⁷³ *Contra*, par exemple, Christian TOMUSCHAT, « L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme » (2005) 51 *Revue générale de droit international public* 51, p. 56-57, 67 et 69-72; DE VITTOR, *supra*, note 54, p. 608 *et suiv.*

⁷⁴ Voir *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia, dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione (A.N.P.R.) et 275 autres c. Allemagne*, no. 45563/04, décision du 4 septembre 2007, qui contient un résumé fort utile de ces demandes déboutées faites par M. Ferrini et d'autres IMI devant des tribunaux allemands; voir p. 3-6.

A. L'applicabilité de la jurisprudence italienne au Canada

Nous croyons que oui, la jurisprudence des affaires *Ferrini* et *Milde* peut être utile, et ce, pour deux raisons. Premièrement, parce que l'avenue de la *Convention contre la torture*,⁷⁵ qui avait été un des arguments plaidés dans l'affaire *Bouzari*,⁷⁶ semble peu prometteuse pour faire évoluer le droit canadien dans le sens d'un accès à la justice pour réparer le préjudice dans cette catégorie d'atteintes graves aux droits fondamentaux.⁷⁷ À cet égard, on se souviendra que le Comité contre la torture des Nations Unies, dans son rapport de mai 2005, avait recommandé entre autres que le Canada « revoie sa position concernant l'article 14 de la Convention en vue d'assurer l'indemnisation par la juridiction civile de toutes les victimes de torture ». ⁷⁸ Or, d'aucuns pensent que cette révision du droit canadien devra passer par la voie d'une modification par le Parlement de la *Loi sur l'immunité des États*, en y insérant explicitement une nouvelle exception pour la torture ou, plus largement, pour violations graves des droits humains. En plus de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bouzari* – qui fait jurisprudence parce que la Cour suprême du Canada a refusé d'entendre la cause – un jugement de 2005 de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, dans l'affaire *Arar c. Syria*,⁷⁹ confirme la position en faveur du maintien de l'immunité pour un État étranger en cas de torture. Dans cette dernière, le plaignant de citoyenneté canadien, M. Maher Arar, alléguait avoir été torturé en Syrie, son pays d'origine, après que les autorités américaines l'y ait renvoyé suite à son arrestation alors qu'il était en escale à New York, en route vers le Canada. Après avoir fait référence à la décision dans *Bouzari*, la Cour supérieure de justice écrit ceci au sujet de la problématique canadienne:

Should Parliament determine that current public policy requires that state sponsored torture should no longer be accorded immunity in Canadian civil courts, undoubtedly the S.I.A. [*State Immunity Act*; en français, *Loi sur l'immunité des États*] will be amended accordingly. To « read into » the S.I.A. a previously unstated exclusion, would be an unmerited and inappropriate expression of judicial activism.⁸⁰

L'opinion dominante en doctrine semble suggérer aussi qu'une intervention du législateur fédéral, pour modifier la *Loi sur l'immunité des États*, soit nécessaire : « civil redress in Canada for grave human rights abuses committed by foreign states will be driven by legislative change, not an expansive interpretation of the existing Act ». ⁸¹

Depuis 2005, il y a eu à notre connaissance trois séries d'initiatives au Parlement fédéral canadien pour justement modifier le cadre législatif en la matière; elles sont toutes mortes au feuilleton.⁸² Tout d'abord, lors de la 38^e législature en 2004-2005, le député de l'opposition Stockwell Day, membre du

⁷⁵ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, R.T. Can. 1987 no. 36.

⁷⁶ En plus de l'argument fondé sur le droit international et la *Convention contre la torture*, la Cour d'appel a rejeté ceux fondés sur l'exception de droit criminel, l'exception de délit civil et l'exception d'activités commerciales, respectivement aux articles 18, 6 et 5 de la *Loi sur l'immunité des États*; voir décision, *supra*, note 5, par. 44, 47 et 53.

⁷⁷ Il faut distinguer un développement en droit canadien qui permettrait une exception pour ces cas de torture, en particulier, d'une évolution plus générale qui irait dans le sens d'une exception large pour toutes violations graves des droits humains (dont la torture, évidemment). Concernant le premier scénario, il sera intéressant de voir le prochain rapport du Canada à l'ONU sur la *Convention contre la torture*, qui est dû cette année.

⁷⁸ *Conclusion et recommandations du Comité contre la torture : Canada*, UN CAT, 34^e session, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN (juillet 2005), p. 4.

⁷⁹ *Arar c. Syria* (2005) 127 C.R.R. (2d) 252, 28 C.R. (6th) 187 (C.S. Ont.).

⁸⁰ *Ibid.*, par. 31.

⁸¹ Noah Benjamin NOVODRODSKY, « Immunity for Torture: Lessons from *Bouzari v. Iran* » (2007) 18 *European Journal of International Law* 939, p. 948.

⁸² L'expression « mort au feuilleton », consacrée dans la procédure parlementaire de type britannique, est la traduction de « death on the order paper ». Voir, en général, William McKAY *et al.*, *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23^e éd., Londres, LexisNexis, 2004.

Parti conservateur, a présenté un projet de loi privé pour ajouter une nouvelle exception à l'immunité de juridiction pour les activités terroristes. La disposition du projet de loi C-367,⁸³ qui est devenu le projet de loi C-394, soit l'article 6.1(2), se lisait comme suit: « L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions portant sur des activités terroristes auxquelles il s'est livré le 1^{er} janvier 1985 ou après cette date ». En parallèle, au Sénat du Canada, le sénateur David Tkachuk a présenté le projet de loi S-35, presque identique au projet de loi C-367, qui a connu la même fin avec l'élection générale déclenchée le 28 novembre 2005. Après l'élection du gouvernement conservateur minoritaire de Stephen Harper en janvier 2006, on aurait pensé que l'initiative de modification aurait pu aboutir mais, encore une fois, seul un modeste projet de loi privé, le projet de loi C-272,⁸⁴ fut présenté par une députée de l'opposition officielle, la libérale Susan Kadis, et soumis une seconde fois, sous le nom de projet de loi C-346, par un député du Parti conservateur, Nina Grewal. Cette fois là aussi, en parallèle, une initiative au Sénat a eu lieu avec le projet de loi S-218,⁸⁵ qui est devenu le projet de loi S-225, proposé encore par le sénateur Tkachuk. La même histoire s'est répétée, évidemment, avec l'élection générale de septembre 2008, qui a retourné un autre gouvernement conservateur minoritaire. Le bureau du sénateur Tkachuk nous a informés que, au printemps ou à l'été 2009, un autre projet de loi semblable émanera du Sénat. Toutes ces initiatives de modification proposent donc une nouvelle exception à l'immunité des États pour « activités terroristes », une expression définie par le biais d'un renvoi aux « entités inscrites » au sens de l'article 83.01(1) du *Code criminel*,⁸⁶ c.-à-d. qui sont mises sur une liste d'entités terroristes par le gouverneur en conseil du Canada.⁸⁷

Le système suggéré par ces initiatives de modification de la *Loi sur l'immunité des États* ressemblerait donc étrangement au *Foreign Sovereign Immunities Act*⁸⁸ des États-Unis qui, depuis 1996, prévoit une exception du même genre, liée aussi à une liste d'États dressée par la branche exécutive du gouvernement (cf. « State Department »), considérés complices d'activités terroristes.⁸⁹ Comme nous l'avons vu,⁹⁰ le problème majeur avec cette façon de fonctionner est certes le caractère sélectif, voire politique, de la possible application de l'exception à l'immunité juridictionnelle. Mais, au-delà de cet aspect inquiétant, qui démontre un manque réel d'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport à la branche exécutive du gouvernement, c'est le nombre élevé de soi-disant tentatives de modifier la législation applicable au Canada en matière d'immunité de juridiction, afin d'y ajouter une nouvelle exception, qui ressort de cette brève revue législative canadienne; cela témoigne d'un manque certain de volonté politique, à court terme à tout le moins, d'adapter le droit au Canada dans le domaine, eu égard aux nouvelles réalités internationales. S'il existe de telles hésitations au Parlement fédéral au sujet d'une nouvelle exception pour les activités terroristes – contexte rendu évidemment très sensible

⁸³ Projet de loi C-367, *Loi modifiant la Loi sur l'immunité des États et le Code criminel (activités terroristes)*, 1^e session, 38^e législature, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005.

⁸⁴ Projet de loi C-272, *Loi modifiant la Loi sur l'immunité des États et le Code criminel (activités terroristes)*, 1^e session, 39^e législature, 55 Elizabeth II, 2005.

⁸⁵ Projet de loi S-218, *Loi modifiant la Loi sur l'immunité des États et le Code criminel (décourager le terrorisme en permettant un recours civil contre les auteurs d'actes terroristes et ceux qui les soutiennent)*, 2^e session, 39^e législature, 56 Elizabeth II, 2007.

⁸⁶ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

⁸⁷ En vertu de l'article 83.05(1) du *Code criminel*: « Le gouverneur en conseil peut, par règlement, établir une liste sur laquelle il inscrit toute entité dont il est convaincu, sur la recommandation du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, qu'il existe des motifs raisonnables de croire : a) que, sciemment, elle s'est livrée ou a tenté de se livrer à une activité terroriste, y a participé ou l'a facilitée; b) que, sciemment, elle agit au nom d'une entité visée à l'alinéa a), sous sa direction ou en collaboration avec elle ».

⁸⁸ *Supra*, note 51.

⁸⁹ *Supra*, note 52.

⁹⁰ Voir *supra*, note 52-53 et le texte les accompagnant.

depuis les attaques du 11 septembre 2001 aux États-Unis – nous croyons que, *a fortiori*, il en existera encore davantage pour la création d'une exception explicite à l'immunité dans les cas de violations graves des droits humains, une catégorie générique et beaucoup plus large, faisant référence au *jus cogens* en droit international. Bref, la première raison d'aller voir l'expérience italienne est liée aux perspectives peu optimistes, dans un avenir rapproché, d'une modification de la *Loi sur l'immunité des États* au pays.

La seconde raison, et la vraie en fait, de considérer la jurisprudence qui nous vient d'Italie dans les affaires *Ferrini* et *Milde* a trait à la méthodologie d'analyse retenue par la Cour de cassation. Pour résumer à l'essentiel, et comme nous l'avons souligné plus haut dans le cadre de notre discussion (Partie II), la haute cour italienne n'a pas réellement créé de nouvelle exception à l'immunité de juridiction pour violations des droits humains sur la base du *jus cogens*; elle a plutôt rééquilibré les forces en présence, c'est-à-dire qu'on a aménagé, eu égard aux valeurs contemporaines relatives aux droits fondamentaux dans le système de droit international public, la portée d'application des normes existantes en ce qui concerne l'immunité des États. Voilà selon nous, dans l'hypothèse d'une autre cause en la matière qui serait entendue devant un tribunal au Canada, la façon de répondre à la position exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bouzari*:

It [is argued] that the enactment of the SIA [*State Immunity Act*; en français, *Loi sur l'immunité des États*] has not displaced the common law of state immunity and that, under that common law, torture cannot be legitimized as a government act and cannot therefore attract immunity.

In my view the working of the SIA must be taken as a complete answer to this argument. Section 3(1) could not be clearer. To reiterate, it says: « 3. (1) *Except as provided by this Act*, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada [Emphasis added] ».

The Plain and ordinary meaning of these words is that they codify the law of sovereign immunity. Indeed in *Re Canada Labour Code*, [...] La Forest J. says exactly that at 69: « This appeal raises the issue of sovereign immunity, *as codified in the State Immunity Act* [Emphasis added].

Thus the appellant is left with the exceptions in the Act, and, as I have indicated, none of the three he advances applies to this case.⁹¹

Puisque, selon l'approche préconisée par la Cour de cassation d'Italie, il n'est pas question de développer une nouvelle exception à l'immunité de juridiction, mais plutôt de trouver un moyen d'aménager les règles normatives en présence, ce passage de l'affaire *Bouzari* peut certainement être distingué, selon la technique bien établie du « distinguishing ».⁹² Il s'agirait simplement d'insister sur le développement en droit international, depuis la décision de la Cour d'appel de l'Ontario en 2004, d'un modèle alternatif de raisonnement en ce qui concerne l'immunité des États, qui devrait s'appliquer au Canada. Ceci étant, reste à opérationnaliser en droit canadien ce nouveau droit international.

B. Comment reconsidérer la position canadienne sur l'immunité des États

Concrètement, maintenant, comment peut-on formuler un argument convainquant devant un tribunal canadien en lien avec la jurisprudence italienne de *Ferrini* et de *Milde*? Le droit d'accès à la justice – un des points forts de ces décisions – et comment il doit être concilié, dans ses valeurs essentielles,⁹³ avec les autres forces en présence relativement à l'immunité des États, constituent la piste de réflexion

⁹¹ *Bouzari c. Iran*, *supra*, note 5, par. 56-59.

⁹² Voir, à cet égard, John W. SALMOND, « The Theory of Judicial Precedent » (1990) 17 *Law Quarterly Review* 375; et George F. CURTIS, « Stare Decisis at Common Law in Canada » (1978) 12 *University of British Columbia Law Review* 1.

⁹³ Évidemment, on remarquera la similitude du raisonnement proposé, qui fait références aux valeurs sous-jacentes des droits fondamentaux exprimés dans l'ordre juridique international, avec le développement important à la Cour suprême du Canada concernant la réception du droit international en droit interne avec la décision dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-70.

centrale pour l'argumentaire. On a vu que, de fait, les garanties juridiques fondamentales, et encore davantage celles relevant du *jus cogens*, sont grandement affaiblies – ne seraient qu'illusions⁹⁴ – si les justiciables ne peuvent avoir accès à une cour de justice pour obtenir réparation, de type monétaire ou autre, en cas de violations.⁹⁵ De l'autre côté, s'agissant de l'approche traditionnelle en matière d'immunité des États, on invoque généralement l'idée structure de l'égalité souveraineté des États en droit international,⁹⁶ le principe de non-intervention dans les affaires internes,⁹⁷ de même que la courtoisie internationale⁹⁸ pour justifier « *par in parem non habet jurisdictionem* », c'est-à-dire que l'on ne peut pas en principe trainer un autre État devant sa propre juridiction.⁹⁹ Encore plus fondamental, on doit souligner que les valeurs liées à l'immunité des États relèvent du paradigme de Westphalie,¹⁰⁰ qui signifie notamment que le pouvoir souverain investi dans l'autorité publique d'un État est ancré dans son territoire : « Westphalian sovereignty thus creates a system in which legal jurisdiction is congruent with sovereign territorial borders ».¹⁰¹ En somme, à l'intérieur de son territoire, « un égal n'a pas d'autorité sur un égal ».¹⁰²

Dans un récent article,¹⁰³ l'auteure Lorna McGregor a mis en doute que, dans le contexte contemporain du droit international, l'immunité des États puisse toujours être justifiée dans une forme (quasi) absolue en invoquant le modèle Westphalien et l'égalité souveraine des États :

Thus, the current disjuncture between sovereignty and immunity illustrates that when a grant of immunity is justified on the basis of sovereignty, the sovereignty referred to is that understood at the outset of public international law. In positioning the state above the law through the medium of immunity, courts are not, in fact, basing their decisions on the requirements of sovereignty as defined today. Rather, by simply referring to sovereignty as if amorphous, abstract, and temporally detached, a Westphalian sovereignty is injected, enabling states to stand outside the law while framing the decision within the confines of the law.¹⁰⁴

C'est dans cet esprit, nous croyons, que l'expérience italienne peut s'avérer hautement utile, non seulement pour permettre de faire évoluer le droit en matière d'immunité des États au Canada, mais également au sein de l'ensemble de la communauté internationale, comme la CIJ en fera la démonstration (nous osons espérer) dans sa décision sur le litige qui oppose l'Allemagne et l'Italie.

⁹⁴ Selon la maxime « *ubi jus ibi remedium* », qui nous vient du droit romain et qui est bien implantée dans la tradition juridique civiliste. En common law, la même idée existe; voir *Ashby c. White* (1703) 2 Ld. Raym. 938, p. 953, où le juge en chef Hold a dit : « it is a vain thing to imagine a right without a remedy ».

⁹⁵ Sur le droit à un redressement judiciaire pour violations des droits humains au Canada, voir William A. SCHABAS et Stéphane BEAULAC, *International Human Rights and Canadian Law – Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 426-429.

⁹⁶ Codifiée à l'article 2(1) de la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 no. 7.

⁹⁷ Voir la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution A.G. 2625 (XXV), UN GAOR, 25^e session, supp. No. 28, UN Doc. A/RES/2625 (XXV) 121 (réimprimée en (1970) 9 I.L.M. 1292), p. 123.

⁹⁸ Voir Robert JENNINGS et Arthur WATTS, *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9^e éd., Londres, Longman, 1996, p. 50-51.

⁹⁹ Voir *Latin for Lawyers*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1937, p. 217.

¹⁰⁰ Voir, en général, Stéphane BEAULAC, *The Power of Language in the Making of International Law – The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden & Boston, Martinus Nijhoff, 2004.

¹⁰¹ Kal RAUSTIALA, « The Geography of Justice » (2005) 73 *Fordham Law Review* 2501, p. 2509.

¹⁰² Comme la Cour suprême du Canada le notait d'ailleurs dans *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, *supra*, note 4, par. 13.

¹⁰³ Lorna MCGREGOR, « Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty » (2007) 18 *European Journal of International Law* 903, p. 905.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 918 [notes infrapaginales omises].

En se concentrant sur le Canada, il faut noter que la meilleure façon d'incorporer en droit interne les développements récents en droit international concernant l'immunité de juridiction sera par le biais de la présomption de conformité avec le droit international, l'équivalent du principe « Charming Betsy » aux États-Unis.¹⁰⁵ Il s'agit essentiellement d'une présomption d'intention du législateur en faveur d'une interprétation du droit interne qui va dans le même sens que le droit international dans le domaine, plutôt qu'une lecture du droit canadien qui le mène à être en violation avec la normativité internationale. Avec la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Hape*,¹⁰⁶ nous savons maintenant que la présomption de conformité avec le droit international s'applique autant pour les normes issues d'un traité ou que pour celles qui découlent de la coutume. S'agissant du droit sur l'immunité des États, cela signifie que les normes *coutumières* dans le domaine, telles qu'elles ont évolué depuis les affaires *Ferrini* et *Milde* – comme la CIJ pourrait le confirmer dans le différend Allemagne-Italie – devront informer l'interprétation donnée par les juges canadiens aux normes législatives prévues à la *Loi sur l'immunité des États*. À cet égard, il n'est pas exact de dire que cette législation nationale a figé dans le temps le droit en matière d'immunité de juridiction, puisque le droit écrit (lois et règlements) dans une juridiction de common law comme le Canada peut évoluer dans le temps eu égard aux nouvelles réalités factuelles et normatives d'une juridiction.¹⁰⁷ Clairement, une telle lecture dynamique (et non statique ou, selon la terminologie américaine, « originaliste ») d'un texte de loi national ne peut pas créer une nouvelle exception de toute pièce; elle doit se limiter aux éléments explicites de la législation, dont le principe général et exceptions à l'immunité de juridiction dans la *Loi sur l'immunité des États*.¹⁰⁸ Toutefois, comme il ne s'agit pas ici de créer une nouvelle exception pour les violations graves des droits humains, mais plutôt d'aménager les normes existantes qui informent le principe général d'immunité juridictionnelle afin que les victimes puissent exercer véritablement leur droit d'accès à la justice et obtenir réparation pour leurs préjudices, on pourra invoquer avec force et vigueur la présomption de conformité dans un exercice d'interprétation de la *Loi sur l'immunité des États* qui donnerait ainsi plein effet aux récents développements en droit international à ce sujet. Ce faisant, les tribunaux canadiens saisiraient l'occasion de faire preuve d'audace, à l'instar de leurs homologues italiens.

En somme, comme la Cour d'appel de l'Ontario dans *Bouzari* s'était refusée de le faire, il n'est pas question de créer une nouvelle exception non-prévue à la loi canadienne. L'idée est plutôt de prendre le droit écrit, tel qu'il se trouve dans la *Loi sur l'immunité des États*, et d'interpréter le principe général d'immunité juridictionnelle de sorte qu'il soit en conformité avec le droit international contemporain en la matière. Celui-ci, nous croyons – en attendant que la CIJ tranche dans l'affaire Allemagne-Italie – va dans le sens de la jurisprudence italienne depuis les arrêts *Ferrini* et *Milde*, ce qui veut dire qu'un tribunal ne devrait pas reconnaître une immunité aux États en cas de violations graves des droits humains ou du droit humanitaire, comme dans les situations de torture.

Qui plus est, la pondération des valeurs sous-jacentes aux règles existantes qui informent la problématique de l'immunité des États – à savoir, l'égalité souveraine et le droit d'accès à la justice – devra s'effectuer eu égard à l'aspect hiérarchique des normes en présence et à la notion de *jus cogens*, à

¹⁰⁵ Voir, en général, Stéphane BEAULAC, « Le droit international et l'interprétation législative : oui au contexte, non à la présomption », dans Oonagh E. FITZGERALD *et al.* (dir.), *Règle de droit et mondialisation : rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, p. 413.

¹⁰⁶ *R. c. Hape*, *supra*, note 6, par. 53.

¹⁰⁷ Voir Pierre-André CÔTÉ, Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2008 (à paraître), partie 2, chapitre 1; et Stéphane BEAULAC, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international » (2005) 27 *Supreme Court Law Review* (2d) 1-46 (réimprimé dans Gérald.-A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Butterworths, 2005, p. 25.

¹⁰⁸ Rappelons que le principe général est prévu à l'article 3 de la *Loi sur l'immunité des États*, *supra*, note 3, et que cette loi contient un nombre limité d'exceptions, notamment celle pour délit civil (article 6) et celle pour activités commerciales (article 5).

l'exemple de la Cour de cassation italienne dans sa jurisprudence.¹⁰⁹ À cet égard, la décision de la Cour suprême du Canada dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹¹⁰ semble excessivement importante. Dans cet arrêt, on a donné préséance à la règle absolue contre le refoulement en cas de risques de torture, norme prévue par la *Convention contre la torture*¹¹¹ et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*,¹¹² par rapport à la règle non-absolue contre le refoulement (cf. exception pour raisons de sécurité nationale), prévue par l'instrument spécifique au domaine, soit la *Convention relative au statut des réfugiés*.¹¹³ Au niveau de la pertinence de ces traités pour l'interprétation du droit interne canadien, il faut savoir que *a priori* le dernier aurait dû avoir un effet juridique direct puisqu'il a été mis en œuvre en droit interne par le biais de législation,¹¹⁴ étant entendu que le Canada est « dualiste » en ce qui concerne le droit international conventionnel; contrairement à celui-ci, les deux premiers traités ont été ratifiés par le Canada, mais n'ont pas fait l'objet de transformation, ce qui est censé réduire considérablement leur rôle pour interpréter droit national canadien.¹¹⁵ Mais qu'à cela ne tienne, la Cour suprême du Canada a donné préséance à la règle absolue contre le refoulement tirée d'instruments non-transformés en droit interne, et ce, en raison de l'aspect hiérarchique des normes en question. Autrement dit, la prohibition de la torture en droit international est une norme de *jus cogens* et, partant, elle devrait venir agir pour faire pencher la balance en faveur d'une norme absolue contre le refoulement en cas de risques sérieux de torture.¹¹⁶ De la même façon, pour revenir à la problématique de l'application du droit sur l'immunité des États, la nature impérative de certaines normes prohibant les atteintes aux droits humains devient pertinente pour ce qui est de la pondération des valeurs en jeu, concernant l'égalité souveraine des États et le droit d'accès à la justice.

Ainsi, en invoquant l'arrêt *Suresh*, on peut plaider dans une cause au Canada que la notion de *jus cogens* – ou l'aspect de hiérarchie normative dans des cas de violations graves des droits humains – est un élément fort pertinent pour aménager l'application des normes existantes en matière d'immunité de juridiction de telle sorte que, comme la Cour de cassation italienne l'a fait dans *Ferrini et Milde*, le droit d'accès à la justice doit avoir préséance sur les autres considérations relatives à la version contemporaine (fortement tempérée) de l'égalité souveraine des États. En définitive, le rééquilibrage des forces en présence, eu égard notamment à l'aspect hiérarchique lié au *jus cogens*, doit ouvrir la voie aux poursuites contre les États coupables de violations graves du droit international des droits humains et du droit humanitaire. Il ressort de cette analyse croisée que les assises jurisprudentielles existent au Canada pour recevoir les développements récents tirés des décisions judiciaires italiennes. On pourrait parler de mariage entre, d'une part, *Ferrini et Milde* et, d'autre part, *Hape et Suresh*, ou d'une autre histoire inspirante de « noce » dont l'origine est l'Italie.¹¹⁷

¹⁰⁹ Où l'on voit que le droit d'accès à la justice a été invoqué pour obtenir réparation des violations graves des droits humains.

¹¹⁰ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Voir également Stéphane BEAULAC, « The *Suresh* Case and Unimplemented Treaty Norms » (2002) 15 *Revue québécoise de droit international* 221.

¹¹¹ *Convention contre la torture*, *supra*, note 75, article 3.

¹¹² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 23 mars 1976, R.T. Can. 1976 no. 47, articles 4 et 7.

¹¹³ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, R.T. Can. 1969 no. 6, article 33.

¹¹⁴ Par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

¹¹⁵ À cet égard, voir en général Stéphane BEAULAC, « National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective » (2003) 41 *Annuaire canadien de droit international* 225; et Stéphane BEAULAC, « Westphalia, Dualism and Contextual Interpretation: How to Better Engage International Law in Domestic Judicial Decisions » (2007) *European University Institute Working Papers*, MWP 2007/3, 1-16.

¹¹⁶ *Suresh*, *supra*, note 110, par. 61-65.

¹¹⁷ Nous pensons évidemment ici à l'auteur italien Lorenzo da Ponte et son livret « *Le nozze di Figaro* » (en français, « Les noces de Figaro ») qui a inspiré la célèbre opérette (ou opéra-bouffe) de Wolfgang Amadeus Mozart.