

1^{ère} Commission*

La compétence universelle civile en matière de
réparation pour crimes internationaux
*Universal civil jurisdiction with regard to
reparation for international crimes*

Rapporteur : Andreas Bucher

Travaux préparatoires.....	3
Délibérations de l'Institut.....	197
Résolution	263

*Membres/Membership : MM. Audit, Bogdan, Mme Borrás, MM. El-Kosheri, Fadlallah, Lady Fox, MM. Gaja, Gannagé, Mme Gaudemet-Tallon, MM. Kazazi, Lagarde, Matscher, McClean, Mme Pérez Vera, MM. Pocar, Struycken.

I. Travaux préparatoires

Table des matières

Rapport	4
Abréviations	5
I. L'actualité du sujet au regard des travaux de l'Institut	7
II. Des pratiques émergentes	15
A. La jurisprudence	15
B. Les entreprises	31
III. La nature de l'obligation de réparer le préjudice causé aux victimes	37
A. L'Etat responsable de la réparation.....	37
B. L'obligation de l'Etat de garantir le droit des victimes.....	39
C. Le droit des victimes entre droit international et droit interne.....	44
1. Les instruments de droit international.....	44
2. Les développements en droit international général.....	46
D. Le champ matériel de l'obligation de réparation.....	52
1. La notion de crime international	52
2. La dignité humaine	55
E. Une obligation <i>erga omnes</i>	57
1. Les droits et obligations de tous les Etats	57
2. Les Etats spécialement concernés par une obligation d'assistance	61
3. La comparaison avec la compétence universelle pénale.....	63
IV. Le droit d'accès à la justice	68
A. La consécration en droit international.....	68
B. La justice discrétionnaire des Etats	73
C. La justice internationale.....	76
1. Les tribunaux internationaux.....	76
2. Les fonds d'indemnisation	77
D. La justice civile	80
V. Les fors ordinaires	82
A. Les fors du défendeur et du délit	82

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

B. Le for de l'action pénale	83
C. Les fors résiduels	85
VI. Le for fondé sur la compétence universelle	89
A. La notion de compétence universelle.....	89
B. Le for de nécessité.....	92
C. Le for universel subsidiaire.....	96
D. Compléments de procédure	104
VII. La comparaison avec l'immunité des Etats	107
A. L'aperçu d'une jurisprudence rigoureuse	107
B. L'arrêt <i>Immunités juridictionnelles de l'Etat</i>	109
1. L'immunité de l'Etat non affectée par les crimes de guerre	109
2. Le débat sur la supériorité du <i>jus cogens</i>	111
3. L'immunité de l'Etat jusqu'à ne laisser aux victimes aucun accès à la justice ?.....	115
4. Quel avenir pour l'immunité de l'Etat confronté à ses crimes ?	125
C. Quel rôle pour l'Institut ?.....	127
VIII. Projet de résolution.....	133
Annexes	
1. Projet de résolution selon le rapport provisoire	137
2. Questionnaire selon le rapport provisoire	140
3. Réponses des membres de la Commission.....	142
Bibliographie	177

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Abréviations

<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Annuaire</i>	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
<i>BYIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>CEDH</i>	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
<i>CEDH Recueil</i>	<i>CEDH, Recueil des arrêts et décisions</i> , faisant suite à CEDH, Publications, Série A.
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>Cour internationale de Justice, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne (précédemment la CJCE)
<i>Clunet</i>	<i>Journal du Droit international</i>
<i>COM</i>	Commission européenne
<i>F.2nd</i>	Federal Reporter, Second Series
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>ICSID Review</i>	<i>ICSID Review, Foreign Investment Law Journal</i>
<i>ILM</i>	<i>International Legal Materials</i>
<i>ILR</i>	<i>International Law Reports</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>IPRax</i>	<i>IPRax, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>JIDS</i>	<i>Journal of International Dispute Settlement</i>
<i>JPIL</i>	<i>Journal of Private International Law</i>
<i>MJIL</i>	<i>Maryland Journal of International Law</i>
<i>RabelsZ</i>	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
<i>Recueil des cours</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RDIPP</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>REDI</i>	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

<i>RBDI</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev.crit.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RIW</i>	<i>Recht der internationalen Wirtschaft</i>
<i>RSDIE</i>	<i>Revue suisse de droit international et européen</i>
<i>RDI</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
<i>RDIPP</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato et processuale</i>
S.Ct.	Supreme Court Reporter
<i>Travaux</i>	<i>Droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé</i>
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
<i>YPIL</i>	<i>Yearbook of Private International Law</i>

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

I. L'actualité du sujet au regard des travaux de l'Institut

1. Le thème de la Commission I¹ a été choisi dans le prolongement de la résolution de Cracovie de 2005 sur *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*. Aux termes de ce texte, dans ses deux premiers paragraphes :

- « 1. La compétence universelle en matière criminelle, en tant que titre additionnel de compétence, comprend la compétence d'un Etat de poursuivre tout suspect et de le punir s'il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission des crimes et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive, ou d'autres fondements de compétence reconnus par le droit international.
 2. La compétence universelle est fondée en premier lieu sur le droit international coutumier. Elle peut également être établie par un traité multilatéral dans les relations entre les Etats parties à ce traité, en particulier en vertu de clauses prévoyant qu'un Etat partie sur le territoire duquel un suspect est trouvé devra l'extrader ou le juger. »
- « 1. Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality, or other grounds of jurisdiction recognized by international law.
 2. Universal jurisdiction is primarily based on customary international law. It can also be established under a multilateral treaty in the relations between the contracting parties, in particular by virtue of clauses which provide that a State party in the territory of which an alleged offender is found shall either extradite or try that person. »

Au paragraphe 3, la résolution définit notamment les crimes qu'elle vise ainsi que l'exigence de la présence du suspect, en ces termes :

- « a) La compétence universelle peut être exercée en cas de crimes internationaux identifiés par le droit international comme relevant de cette compétence dans les matières telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves

¹ Les membres sont : MM. Audit, Bogdan, Mme Borrás, MM. Bucher (rapporteur), El-Kosheri, Fadlallah, Lady Fox, MM. Gaja, Gannagé, Mme Gaudemet-Tallon, MM. Kazazi, Lagarde, Matscher, McClean, Mme Pérez Vera, MM. Pocar, Struycken.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

des Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international.

b) Mise à part les actes d'instruction et les demandes d'extradition, l'exercice de la compétence universelle requiert la présence du suspect sur le territoire de l'Etat qui le poursuit, ou sa présence à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef immatriculé conformément à sa législation, ou d'autres formes licites de contrôle à son égard. »

« (a) Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or non-international armed conflict.

(b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of universal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender. »

2. Préoccupé par l'augmentation des actes de piraterie, l'Institut a appelé les Etats, dans sa *Déclaration de Naples sur la piraterie* de 2009 :

« à adopter et développer des lois et des procédures internes efficaces en vue de prévenir et de réprimer les actes de piraterie et autres actes de violence en mer. »

« to adopt or to develop effective domestic laws and procedures to prevent and suppress piracy and other acts of violence at sea. »

3. L'Institut s'est également exprimé au sujet des actions humanitaires destinées à mettre fin au génocide, aux crimes contre l'humanité de grande ampleur et aux crimes de guerre de grande ampleur, à travers sa résolution de Santiago de 2007 sur les *Problèmes actuels du recours à la force en droit international : actions humanitaires*. Rappelant la nécessité de prévenir et de mettre fin rapidement à de tels actes, la résolution commence par constater ceci :

« Le droit international consacre le droit à la protection de la vie humaine et de la dignité humaine contre le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. »

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

« International law embodies the right to the protection of human life and human dignity against genocide, crimes against humanity and war crimes. »

4. Ce texte n'est pas le premier dans lequel l'Institut met la dignité humaine en évidence. Dans sa résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle de 1989 sur *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*, il fut énoncé à l'article 1 :

« Les droits de l'homme sont l'expression directe de la dignité de la personne humaine. L'obligation pour les Etats d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Cette obligation internationale est, selon une formule utilisée par la Cour internationale de Justice, une obligation *erga omnes* ; elle incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout Etat a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme. Cette obligation implique au surplus un devoir de solidarité entre tous les Etats en vue d'assurer le plus rapidement possible une protection universelle et efficace des droits de l'homme. »

« Human rights are a direct expression of the dignity of the human person. The obligation of States to ensure their observance derives from the recognition of this dignity as proclaimed in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights.

This international obligation, as expressed by the International Court of Justice, is *erga omnes*; it is incumbent upon every State in relation to the international community as a whole, and every State has a legal interest in the protection of human rights. The obligation further implies a duty of solidarity among all States to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world. »

Il fut constaté également, à l'article 2, paragraphe 1, qu'un Etat ne peut se soustraire à sa responsabilité internationale en prétendant que ce domaine relève essentiellement de sa compétence nationale.

5. On observera en marge qu'une définition légèrement différente a été utilisée dans la résolution de Bruges de 2003 sur *L'assistance humanitaire*, statuant sous la partie II (1) :

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

« Le fait de laisser les victimes de catastrophes sans assistance humanitaire constitue une menace à la vie et une atteinte à la dignité humaine et, par conséquent, une violation des droits humains fondamentaux. »

« Leaving the victims of disaster without humanitarian assistance constitutes a threat to human life and an offence to human dignity and therefore a violation of fundamental human rights. »

6. La Résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle de 1989 se présente comme le prolongement de la Déclaration de Lausanne de 1947 sur *Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international*. Après avoir proclamé « la reconnaissance et le respect des droits inhérents à la personne humaine » en tant que fondements du droit des gens (I), il est déclaré, sous le paragraphe IV.

« Affirmer le respect des droits de la personne humaine sans en assurer l'efficacité par des mesures effectives de garantie et de contrôle est insuffisant aussi bien dans l'ordre international que dans l'ordre interne. »

7. Une autre résolution adoptée à Cracovie en 2005 porte sur *Les obligations et les droits erga omnes en droit international*, obligations qui sont circonscrites au préambule en ces termes :

« *Considérant* qu'en vertu du droit international, certaines obligations s'imposent à tous les sujets du droit international dans le but de préserver les valeurs fondamentales de la communauté internationale ;

Considérant qu'il existe un large consensus pour admettre que l'interdiction des actes d'agression, la prohibition du génocide, les obligations concernant la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, les obligations liées au droit à l'autodétermination et les obligations relatives à l'environnement des espaces communs, constituent des exemples d'obligations qui reflètent lesdites valeurs fondamentales. »

« *Considering* that under international law, certain obligations bind all subjects of international law for the purposes of maintaining the fundamental values of the international community;

Considering that a wide consensus exists to the effect that the prohibition of acts of aggression, the prohibition of genocide, obligations concerning the protection of basic human rights, obligations relating to self-determination and obligations relating to the environment of common spaces are examples of obligations reflecting those fundamental values. »

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Il est alors précisé, à l'article 1, qu'une obligation *erga omnes* est :

- « a) une obligation relevant du droit international général à laquelle un Etat est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les Etats à réagir ; ou
 - b) une obligation relevant d'un traité multilatéral à laquelle un Etat partie à ce traité est tenu en toutes circonstances envers tous les autres Etats parties au traité, en raison des valeurs qui leur sont communes et de leur intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous ces autres Etats à réagir. »
- « a) an obligation under general international law that a State owes in any given case to the international community, in view of its common values and its concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all States to take action; or
 - b) an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action. »

8. Dès lors que des litiges relevant de la réparation pour des violations graves des droits de l'homme et de la dignité humaine peuvent mettre en cause un Etat, un organe ou une émanation de l'Etat, il convient d'avoir à l'esprit également les récentes positions de l'Institut en ce qui concerne l'immunité de juridiction. Ainsi, dans sa Résolution de Naples de 2009 sur *l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux*, l'Institut a rappelé en préambule être

« *conscient* que selon le droit international conventionnel et coutumier, un Etat est obligé de respecter et de garantir les droits de l'homme de toutes les personnes relevant de sa juridiction, [et] *reconnaissant* que la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales est un des moyens d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective. »

« *conscious* that under conventional and customary international law a State has an obligation to respect and to ensure the human rights of all persons within its jurisdiction; [and] *Recognizing* that the removal of immunity from proceedings in national courts is one

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

way by which effective reparation for the commission of international crimes may be achieved. »

9. Pour les besoins de sa résolution, l'expression « crimes internationaux » devait s'entendre, selon l'article I (1) :

« des crimes graves en droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre, ainsi que cela ressort des traités applicables ou du statut et de la jurisprudence des juridictions internationales. »

« serious crimes under international law such as genocide, crimes against humanity, torture and war crimes, as reflected in relevant treaties and the statutes and jurisprudence of international courts and tribunals. »

10. Face à de tels crimes, le droit des victimes à la réparation doit l'emporter, l'article II paragraphe 2 précisant, en sa 2^{ème} phrase :

« Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation à laquelle ont droit les victimes des crimes visés par la présente résolution. »

« Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of crimes addressed by this Resolution are entitled. »

11. Alors qu'elle réserve néanmoins l'immunité de juridiction de l'Etat devant les tribunaux d'un autre Etat saisis d'une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent de cet Etat (article IV), la résolution énonce qu'aucune immunité n'est applicable aux personnes agissant au nom d'un Etat en cas de crimes internationaux, sauf l'immunité personnelle dont l'individu bénéficie en vertu du droit international (article III paragraphe 1), immunité qui prend cependant fin au terme de sa fonction ou de la mission de son bénéficiaire (article III paragraphe 2) :

« 1. Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux.

2. L'immunité personnelle prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire.

3. Les dispositions ci-dessus sont sans préjudice de :

(a) la responsabilité en vertu du droit international de toute personne visée aux paragraphes précédents ;

(b) l'imputation à un Etat des actes de cette personne qui sont constitutifs de crimes internationaux. »

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- « 1. No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes.
2. When the position or mission of any person enjoying personal immunity has come to an end, such personal immunity ceases.
3. The above provisions are without prejudice to:
a) the responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs;
b) the attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime. »

12. Dans les travaux de l'Institut comme dans l'activité des organisations internationales, la répression pénale a constitué la préoccupation largement dominante. Cette répression était, dans une première phase, celle exercée à l'encontre des Etats et leurs agents. Dans une phase plus récente, les victimes elles-mêmes ont été associées au processus de justice pénale, notamment devant les tribunaux internationaux. Cependant, si le principe d'une telle responsabilité est acquis, et avec lui l'idée que la répression pénale a également pour objectif de donner satisfaction aux victimes, le droit international n'a guère développé le soutien politique et l'arsenal juridique servant à la protection directe et individuelle des victimes. Savoir que les délinquants des crimes contre l'humanité sont poursuivis et punis offre aux victimes une réparation morale, certes, mais cela ne leur offre jamais une réparation à l'égal des souffrances subies et en cours. A cet effet, les moyens à mettre en œuvre sont de nature individuelle, visant la réparation du tort et, à défaut, une indemnisation appropriée. Ce dernier volet constitue le complément indispensable d'un concept général de protection des victimes. C'est dans cet esprit que l'Institut a décidé d'entamer une réflexion sur la compétence universelle civile après avoir adopté la résolution de Cracovie sur la compétence universelle pénale.

13. La justice pénale s'adresse en priorité aux auteurs des actes incriminés et leurs complices. Elle ne vise guère les institutions encadrant leur activité criminelle, qu'il s'agisse des Etats ou des sociétés, notamment. Pour la justice civile, le regard est plus large. Les actions civiles en réparation des effets d'actes contre la dignité humaine ne sont pas seulement exercées contre des Etats et leurs représentants, mais également contre des entreprises opérant dans des pays où leurs activités ne sont exposées qu'à un faible contrôle².

² Cf., pour des illustrations, Ambach, *op.cit.* (voir la bibliographie), *Investment Law Within International Law*, p. 51-81.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

14. Les atrocités commises en ce monde sont, hélas, en nombres et en variétés de violence tels qu'il est impossible d'en dresser un inventaire. De toute manière, cela n'est pas nécessaire pour se faire une idée du cadre juridique du thème à aborder. Il y a lieu de songer à des actes tels (1) le génocide et les massacres de masse, impliquant souvent des viols systématiques et d'horribles mutilations, (2) la torture, frappant des personnes collectivement ou individuellement, le plus souvent dans des prisons ou d'autres lieux de détention, (3) les disparitions en masse, assorties de torture et d'assassinats, et (4) les travaux forcés et l'esclavage, touchant également des femmes et des enfants et alors souvent liés à l'exploitation sexuelle. Il n'y a pas de définition appropriée au sujet de ces catégories d'actes, dont la diversité ne cesse de croître. On s'inspirera de l'expression « crimes contre l'humanité » (*crime against humanity*), à laquelle on associera, s'agissant du tort fait aux victimes, celle de « dignité humaine » (*human dignity*). Inutile de dire que tous ces actes sont prohibés par le droit international en toute circonstance.

15. Dans un premier temps, il convient de rappeler les différentes tentatives qui ont été faites pour invoquer la responsabilités des auteurs et complices de tels actes devant les tribunaux, principalement américains, puis de relever la sensibilisation croissante des milieux politiques et des entreprises au respect des droits de l'homme dans les pays vulnérables en raison de l'attraction fournie par les matières premières se trouvant dans leur sol ou d'une sous-enchère excessive de la main-d'œuvre disponible (II). Des obligations de droit international à charge des Etats existent, mais leur pertinence a des limites lorsqu'il s'agit d'en dégager des droits individuels au bénéfice des victimes (III). Pourtant, il se dégage de certains éléments une obligation d'assistance qui offre une garantie minimale d'accès à la justice (IV). Certes, des fors ordinaires sont accessibles aux victimes de violations de leur dignité humaine autant qu'aux parties en matière civile et commerciale en général (V). Cependant, il existe des vides juridictionnels que le concept de compétence universelle subsidiaire, dégagé du droit international, permet de combler (VI). Pour bien saisir l'ampleur de cette problématique, une comparaison avec le règlement de l'immunité des Etats s'avère utile (VII). La conclusion s'articule, fidèle à la tradition, sous la forme d'un projet de résolution (VIII). Une première version de ce texte, accompagné du rapport provisoire et d'un questionnaire, a été soumise aux membres de la Commission³ qui ont bien voulu fournir des observations dont la richesse et la variété ont été très utiles au rapporteur

³ Ceux-ci avaient d'ailleurs reçu une note préliminaire à la veille de la session de Tokyo en 2013.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

et le seront encore lors des délibérations de l'Institut. L'ensemble de cette documentation est reproduit dans les Annexes de ce rapport. Les membres de la Commission soutiennent très largement les grandes orientations du projet.

II. Des pratiques émergentes

A. La jurisprudence

16. Pour l'observateur, il est difficile de trouver des exemples juridictionnels qui démontrent concrètement comment un procès tendant à l'indemnisation des victimes d'actes comportant une atteinte grave aux droits humains a pu être mené jusqu'à son terme.

17. L'illustration à laquelle on pense en premier lieu a l'avantage de présenter un matériel fourni, quoique fondé sur une source de droit national. Il s'agit de l'*Alien Tort Statute* des Etats-Unis d'Amérique (ATS)⁴, voté par le premier Congrès en 1789 déjà, en tant qu'il était incorporé dans le *Judiciary Act*. Après être tombé aux oubliettes pendant presque 200 ans, il a été ressuscité par des plaideurs vigilants dès les années 1980. Cette loi est composée d'une seule disposition :

« The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States. »

« Les tribunaux fédéraux de première instance sont compétents pour statuer sur toute action civile intentée par un étranger, uniquement en raison d'un délit commis en violation du droit des gens ou d'un traité auquel les Etats-Unis sont partie. »

18. L'ATS détermine la compétence d'attribution des tribunaux fédéraux. Tandis que le texte énonce un effet juridictionnel, le domaine matériel d'application (hors les cas régis par un traité auquel les Etats-Unis sont partie) n'est pas aussi clairement défini (« toute action civile intentée par un étranger, uniquement en raison d'un délit commis en violation du droit des gens »).

19. La pratique jurisprudentielle récente relative à cette loi a été tourmentée à travers les différentes juridictions fédérales⁵.

20. On citera un premier arrêt important, rendu par la Cour d'appel fédérale du 2^{ème} circuit dans l'affaire *Filártiga c. Peña-Irala* en 1980⁶,

⁴ 28 U.S.C. § 1350.

⁵ Pour un inventaire des affaires, cf. Goldhaber, *op.cit.*, *UC Irvine Law Review*, 2013, p. 137-149 (Appendix A).

⁶ 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980), *ILM*, 1980, p. 966. Cf., sur cet arrêt et la pratique alors suivie, Moulier, *op.cit.*, *AFDI*, 2003, p. 129-164 ; Swan, *op.cit.*, *Torture as Tort*, p. 65-

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

rappelant les trois conditions posées par la loi : le demandeur doit être un étranger, ayant déposé une action délictuelle, fondée sur un acte commis en violation du droit des gens. En l'espèce, un père paraguayen était à l'origine de l'action, dont le fils a été torturé à mort au Paraguay par un fonctionnaire de la police paraguayenne qui, ayant quitté ses fonctions, s'est rendu sur le sol américain. Le père a eu gain de cause, certes, mais le jugement n'a pas pu être exécuté, l'ancien fonctionnaire de police ayant quitté le territoire américain.

21. Une autre affaire qui mettait également en cause un individu était *Kadic c. Karadzic* devant la Cour d'appel fédérale du 2^{ème} circuit⁷. S'agissant d'une personne non rattachée à un Etat et non protégée par l'immunité, ce procès a inspiré des démarches tendant à agir en vertu de l'ATS contre des entreprises, en règle générale en raison de leur participation à des activités criminelles dirigées ou tolérées par l'Etat. Les entreprises concernées faisaient partie des « grandes », si bien qu'elles disposaient très souvent d'une présence suffisante pour les soumettre à la *personal jurisdiction* américaine et qu'elles étaient de toute manière vulnérables si elles devenaient l'objet d'une mauvaise publicité, ce qui devait les inciter à chercher à conclure des transactions.

22. L'exploitation inhumaine de travailleurs locaux (comprenant des assassinats, viols et travaux forcés) dans l'Etat du Myanmar (Birmanie) lors de la pose d'un gazoduc par un consortium comprenant la compagnie américaine *Unocal* et sa filiale locale fournit l'arrière-fond du procès intenté dans l'affaire *Doe c. Unocal*, qui a traversé plusieurs instances et a été conclu en 2005 par une transaction⁸. Devant la Cour d'appel du 9^{ème} circuit, la demande dirigée contre *Unocal* sur le fondement de l'ATS a eu du succès, les actes incriminés ayant été jugés des violations du *jus cogens* et dès lors de la *law of nations*, l'ATS étant pertinent malgré le fait que les actes reprochés à la défenderesse avaient été commis par elle en sa qualité de personne indépendante de l'Etat⁹. Dans une autre affaire, *Wiwa c. Royal Dutch*, la Cour d'appel du 2^{ème} circuit a admis la compétence des tribunaux américains pour une demande fondée sur

107 ; Terry, *op.cit.*, *Torture as Tort*, p. 109-132 ; Damrosch, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 269 (1997), p. 155-193.

⁷ Arrêt du 13 octobre 1995, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995).

⁸ Cf. De Schutter, *op.cit.*, *AFDI*, 2006, pp. 61-64. Dans une procédure parallèle, entamée en France devant le Tribunal de grande instance de Nanterre en 2002, une transaction a été conclue avec la compagnie *Total*, prévoyant une indemnité pour chaque victime en échange du désistement de sa plainte et la création d'un fonds de solidarité en prévision des plaintes à venir et du financement d'actions humanitaires dans la région concernée de la Birmanie (*ibid.*, pp. 69-71).

⁹ 395 F.3d 932, 945, 946 (9th Cir. 2002).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

l'ATS¹⁰, ce qui a dû causer une pression suffisante en faveur d'un arrangement, finalement conclu en 2009. Dans le cas *Abdullah c. Pfizer*, la même Cour a admis l'action des parents d'enfants morts ou gravement handicapés après avoir été sélectionnés par des chercheurs de l'entreprise pharmaceutique afin de tester un antibiotique non encore autorisé ; elle a décidé que l'ATS était applicable s'agissant de la violation d'une norme de droit international prohibant l'expérimentation médicale sur des êtres humains sans leur consentement¹¹. Le litige s'est terminé par une transaction conclue en 2011¹².

23. Il convient de mentionner également un grand nombre d'actions que l'on regroupe sous l'appellation *holocaust litigation*, dirigées par des victimes de sévices ou de travaux forcés durant la Seconde Guerre mondiale contre des entreprises allemandes présentes aux Etats-Unis. La plupart de ces procès n'ont pas abouti, pour diverses raisons, dont on citera surtout l'absence de compétence (*personal jurisdiction*), la nature non justiciable du litige (s'agissant d'une *political question*) et la prescription ou l'extinction du droit en vertu de l'accord de Londres sur le règlement des dettes allemandes de 1952. Ces procédures ont été commentées ailleurs dans des rapports excellents qu'il n'y a pas lieu de répéter ici¹³. Bien qu'elles se soient très souvent soldées par un échec ou un désistement, il convient de garder à l'esprit qu'elles étaient de nature à causer aux entreprises défenderesses des coûts de procédure très élevés ainsi que des sacrifices consentis à travers des transactions conclues afin de mettre un terme aux effets désastreux sur leur réputation. La plupart des litiges impliquant des entreprises allemandes ont pu être évités à la suite du règlement des réparations par la fondation « Mémoire, Responsabilité et Avenir »¹⁴, mise sur pied en Allemagne en 2000 à l'initiative du gouvernement et de l'industrie allemande, relayée par des accords conclus avec les autorités américaines. Cette fondation a également servi à fournir des prestations aux travailleurs forcés dont les actions intentées devant les tribunaux allemands ont échoué,

¹⁰ 226 F.3d 88 (2nd Cir. 2000).

¹¹ *Abdullah c. Pfizer*, 562 F.3d 163 (2nd Cir. 2009).

¹² Cf. Spielmann, *op.cit.*, *Rethinking International Law And Justice*, pp. 181, 185 s., 188 s.

¹³ Cf., surtout, Vagts et Murray, *op.cit.*, *Harvard International Law Journal*, 2002, pp. 503-530 ; *idem*, *op.cit.*, *ZZPInt, Zeitschrift für Zivilprozessrecht International*, 2002, pp. 333-368 ; Sandrock, *op.cit.*, *RIW*, 2013, pp. 497-499.

¹⁴ « Erinnerung, Verantwortung und Zukunft », *Bundesgesetzblatt*, 2000, I, p. 1263. Cf. Steger, *op.cit.*, pp. 3-31 ; Hess, *op.cit.*, *Entschädigung nach bewaffneten Konflikten*, pp. 198-203.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

principalement pour cause de prescription et de l'absence d'un droit individuel consacré en droit international¹⁵.

24. Une autre catégorie de litiges s'est développée à travers des *class actions* contre des établissements bancaires, suisses tout d'abord, puis français, allemands, autrichiens et ensuite américains, et portant sur des dépôts confisqués pendant la guerre ou se trouvant en déshérence après la mort de leur déposant dans les camps nazis. Entre la France et les Etats-Unis, le conflit fut résolu par un accord intergouvernemental du 18 janvier 2001¹⁶, au terme duquel la France s'engageait à ce que ses banques donnent suite aux demandes, tandis que les Etats-Unis acceptaient d'intervenir auprès des tribunaux saisis de tels litiges par un *statement of interest* rappelant l'intérêt de la politique étrangère du pays à ce que de telles affaires soient réglées à travers cet accord et, en conséquence, les actions rejetées. Il est permis de penser que l'acceptation de cet accord était due pour une large part aux menaces constituées par les actions en dommages et intérêts intentées sur le fondement de l'ATS avec l'efficacité liée au champ d'application tel qu'il fut compris à l'époque dans la jurisprudence¹⁷.

25. La pratique qui s'était ainsi développée a subi un grand revirement par deux arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, qui ont apporté des restrictions à une interprétation qu'elle jugeait trop extensive au regard du texte de la loi.

26. Dans l'arrêt rendu le 29 juin 2004 dans l'affaire *Sosa c. Alvarez Machain*¹⁸, la Cour suprême a d'abord affirmé que seules les violations les plus graves, reconnues de manière universelle par le droit international, peuvent faire l'objet d'une action devant les tribunaux américains sur le fondement de l'ATS.

27. Dans l'arrêt *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.* du 17 avril 2013¹⁹, la Cour suprême a apporté une autre restriction²⁰. Selon la Cour, l'ATS ne

¹⁵ Cf. Oberhammer et Reinisch, *op.cit.*, *IPRax*, 2001, pp. 211-218, examinant un arrêt du « Landgericht » Stuttgart du 24 novembre 1999 (*ibidem*, p. 240).

¹⁶ *Journal officiel de la République française*, 23 mars 2001, n° 70, p. 4561.

¹⁷ Cf. Banifatemi, *op.cit.*, *AFDI*, 1998, pp. 76-113 ; Moulier, *op.cit.*, *AFDI*, 2003, pp. 157-159.

¹⁸ 542 U.S. 692 (2004). Cf. Vora, *op.cit.*, *Harvard International Law Journal*, 2009, pp. 195-229 ; Haller, *op.cit.*, *Archiv des Völkerrechts*, 2006, p. 76-92 ; von Unger, *op.cit.*, pp. 120-134.

¹⁹ 133 S.Ct. 1659 (2013).

²⁰ Confirmant ainsi l'arrêt de la Cour d'appel fédérale du 2^{ème} circuit, rendu le 17 septembre 2010, 621 F.3rd 111 (2nd Cir. 2010), *ILM*, 2010, p. 1512, *Rev.crit.*, 2010, p. 761 (rés.). Cf. Engle, *op.cit.*, *Houston Journal of International Law*, 2011-12, pp. 499-517 ; Crain, *op.cit.*, *Pace Law Review*, 2012, pp. 543-565. D'autres tribunaux fédéraux n'ont pas suivi l'approche de la Cour d'appel du 2^{ème} Circuit dans l'affaire

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

définir pas, ou tout au moins pas expressément, l'objet des litiges susceptibles d'être soumis à une juridiction statuant en vertu de l'ATS (*subject matter jurisdiction*). Il est cependant admis également que le Congrès n'avait pas l'intention de faire de l'ATS un mort-né et que dès lors, comme l'a observé la Cour suprême dans l'arrêt *Sosa*, la compétence selon l'ATS est fondée sur l'idée que la *common law* fournira le fondement d'une action pour un nombre limité de violations de droit international²¹. De tels droits d'agir ont été reconnus, en effet, pour des allégations de violation de règles du droit international qui sont « spécifiques, universelles et obligatoires »²². Dans l'arrêt *Kiobel*, la Cour suprême a cependant ajouté que l'ATS était assorti de la règle générale de présomption contre l'extraterritorialité des lois²³. Elle a constaté que ni le texte ni la genèse de l'ATS ne permettent de renverser cette présomption, étant donné que cette loi n'avait pas, et n'a pas à ce jour pour but de fournir à la *common law* fédérale un droit d'action par rapport à une activité se produisant sur le territoire d'un autre souverain. Cette exigence d'un renversement de la présomption contre l'extraterritorialité est complémentaire de l'exigence d'une compétence *ratione personae* (*personal jurisdiction*) d'un tribunal fédéral saisi d'une action fondée sur l'ATS. Selon un autre avis, exprimé dans l'opinion du Juge Breyer, au nom de la minorité des juges de la Cour suprême, la pertinence de cette présomption n'est pas démontrée. Il suffirait dès lors de définir le domaine de l'ATS en termes purement juridictionnels, la compétence étant donnée lorsque (1) l'acte illicite allégué est survenu sur le territoire américain, (2) le défendeur est américain, ou (3) que le comportement du défendeur affecte de manière sensible et défavorable un important intérêt national américain, ce qui comprend un intérêt net à empêcher que les Etats-Unis deviennent un havre sûr (libéré de la responsabilité civile et pénale) pour un tortionnaire ou tout autre ennemi de l'humanité.

28. L'arrêt *Kiobel* a conduit la Cour d'appel fédérale du 2^{ème} circuit, le 21 août 2013, à juger irrecevable une demande pendante depuis plus de dix ans déjà, intentée contre plusieurs entreprises ayant des activités commerciales aux Etats-Unis, au motif de leur complicité dans les crimes

Kiobel : cf. Crook, *op.cit.*, *AJIL*, 2011, pp. 799-805, rapportant notamment sur les arrêts *Doe c. Exxon Mobil* et *Boimah Flomo c. Firestone*, résumés par ailleurs par H. Muir Watt dans *Rev.crit.*, 2011, pp. 898-902.

²¹ 542 U.S. 692, 724 (2004).

²² 542 U.S. 692, 732 (2004).

²³ Cf. Vázquez, *op.cit.*, *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 1719-1747 ; Hafetz, *op.cit.*, *MJIL*, 2013, pp. 107-128 ; Clopton, *op.cit.*, *Boston University Law Review*, 2014, pp. 1-53 ; Zamora Cabot, *op.cit.*, *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, pp. 145 ; Sandrock, *op.cit.*, *RIW*, 2013, pp. 497-508 ; Reynolds et Zimmer, *op.cit.*, *RIW*, 2013, pp. 509-515.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

d'apartheid commis en Afrique du Sud (*Balintulo c. Daimler AG*)²⁴. Un rejet similaire fut prononcé par la Cour fédérale du district nord d'Alabama dans une autre affaire (*Giraldo c. Drummond Co.*)²⁵. L'activité criminelle ayant eu lieu à l'étranger et étant sans rapport avec le territoire des Etats-Unis, l'arrêt *Kiobel* devait aboutir à ces jugements. Dans une autre affaire, *Sarei c. Rio Tinto*, était en cause le déplacement forcé de villages entiers, la destruction de la forêt, ainsi que la mort de plusieurs milliers de personnes sur l'île Bougainville en Papouasie-Nouvelle-Guinée, sous l'égide d'une société australienne opérant de concert avec le gouvernement afin d'assurer l'exploitation de ce qui était alors la plus grande mine de cuivre du monde. La Cour d'appel du 9^{ème} circuit avait accepté d'entrer en matière, tenant compte de l'arrêt *Sosa*, sur les allégations de génocide et de crimes de guerre, écartant en revanche celles de discrimination raciale et de crimes contre l'humanité²⁶. Cependant, à la suite d'une injonction de la Cour suprême, sollicitée par la compagnie défenderesse, la Cour d'appel a dû reconsidérer sa décision à la lumière de l'arrêt *Kiobel*, ce qui l'a conduit le 28 juin 2013 à la confirmation de l'arrêt de district ayant rejeté les *class actions* d'un grand nombre de victimes²⁷.

29. Sans entrer dans des controverses dont la portée est limitée au droit américain interne, il convient de retenir quelques éléments relatifs à la dimension internationale de l'arrêt *Kiobel* et les perspectives d'avenir. Car les interrogations ne manquent pas, un auteur allant jusqu'à dire « what is law in *Kiobel* isn't clear and what is clear in *Kiobel* isn't law »²⁸. La valeur de précédent de cette décision ne doit pas être surestimée. Certes, il y est affirmé qu'il y avait lieu de présumer que l'ATS n'avait pas de portée extraterritoriale, mais il fut également ajouté la nuance que cette présomption pouvait être renversée si l'on était confronté à des demandes qui « touch and concern the territory of the United States... with sufficient force to displace the presumption »²⁹. Le cas particulier se prêtait d'ailleurs mal pour aiguïser les termes d'une nouvelle jurisprudence, les quatre opinions formulées par les juges aboutissant toutes au même résultat ; la Cour suprême était saisie d'un

²⁴ 727 F.3d 174.

²⁵ No. 2-09-CV-01041.

²⁶ C'était le seul cas jugé recevable qui comprenait un volet sur la protection de l'environnement, un thème qui par ailleurs n'a eu aucune chance de prospérer devant les tribunaux sous l'angle de l'ATS ; cf. Jaeger, *op.cit.*, *Berkeley Journal of International Law*, 2010, pp. 519-536.

²⁷ Cf. le site de *Business & Human Rights Resource Centre*, *Rio Tinto lawsuit*.

²⁸ Steinhardt, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, p. 841.

²⁹ Cf. Doyle, *op.cit.*, *Hastings Law Journal*, 2014-15, pp. 443-483.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

cas manifestement de peu d'intérêt, étant donné que la partie défenderesse et le comportement qui lui était reproché étaient localisés à l'étranger, les demandeurs étaient étrangers et simplement résidents sur le sol américain³⁰. On déduit de cet état de fait que l'arrêt *Kiobel* n'a pas écarté du champ de l'ATS des comportements criminels ayant eu lieu à l'étranger si leur auteur est présent sur le territoire américain³¹. Même si tel n'est pas le cas et que les demandeurs sont étrangers et allèguent un acte commis à l'étranger, le lien avec les Etats-Unis est néanmoins substantiel s'agissant de l'attaque de l'ambassade américaine à Nairobi en 1998, qui visait non seulement des employés américains mais encore les intérêts des Etats-Unis en général³².

30. Peu de lumière a été apportée aux cas des sociétés ayant eu une activité gravement défaillante à l'étranger. L'observation de la majorité des juges selon laquelle *mere corporate presence* n'est pas suffisante semble indiquer que les entreprises ne sont pas exclues du champ de l'ATS non plus, à condition qu'elles aient des liens avec les Etats-Unis. Néanmoins, le seul fait d'y être établi, sans avoir participé au comportement incriminé à l'étranger, n'a pas été jugé suffisant pour justifier l'application de l'ATS dans l'affaire *Chiquita*, liée à une action intentée par 4000 Colombiens sur la base d'allégations de torture commise par les forces paramilitaires de concert avec la société défenderesse³³. L'ATS a été jugé applicable, en revanche, dans l'affaire *Lively*, lorsque le défendeur a préparé et planifié sur le sol américain les atrocités commises sur terre étrangère³⁴. Il en résulte tout au moins que les entreprises américaines doivent se sentir plus vulnérables, face à des réclamations dérivées de leur comportement à l'étranger, que les

³⁰ On appelle cela une situation qui est *foreign cubed*. L'exemple « type » est l'affaire *Sarei c. Rio Tinto*, citée *supra*.

³¹ Une autre exception, diversement expliquée par les juges, est la piraterie survenant en haute mer. Historiquement, l'ATS était destinée à servir de sanction en cas de piraterie et par rapport à des actes répréhensibles commis par des citoyens américains à l'étranger ; cf. Bradley, *op.cit.*, *AJIL*, 2012, pp. 509-530.

³² *Mwani c. Bin Laden and Al Qaeda*, 29 mai 2013 (D.C. District Court, No. 99-cv-00125, 947 F.Supp. 2d, p. 1), arrêt suivi d'une décision fixant les indemnités, rendue le 18 novembre 2014.

³³ *Cardona et al. c. Chiquita Brands International, Inc.*, 24 juillet 2014 (U.S. Court of Appeals, 11th Circuit), No. 12-14898. En ce sens également l'arrêt *Mamani c. Sánchez* de l'U.S. District Court, Southern District of Florida, du 20 mai 2014 (No. 07-22459-CIV-COHN).

³⁴ *Sexual Minorities Uganda c. Lively*, U.S. District Court of the District of Massachusetts, arrêt du 14 août 2013 (C.A. No. 12-cv-30051-MAP).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

entreprises étrangères que l'on voudrait attirer devant les tribunaux américains en vertu de l'ATS³⁵.

31. L'impression a pu se répandre que la Cour suprême se serait définitivement opposée à l'idée d'une compétence universelle en matière civile des tribunaux américains, même dans le domaine sensible des *human rights litigations*. A y regarder de plus près, une telle interprétation va au-delà de l'objet de l'arrêt *Kiobel*. Certes, la Cour suprême n'a fourni aucune « pratique des Etats » ni aucune *opinio juris* en faveur d'une telle compétence en termes de droit international coutumier. Cependant, les juges ne se sont pas exprimés non plus dans le sens opposé, puisque l'on ne trouve pas dans leurs opinions l'avis que le droit international ne permettrait pas l'acceptation d'une telle compétence universelle, par principe ou au regard des circonstances de l'espèce. En fait, les juges ne sont tout simplement pas parvenus à ce point d'un raisonnement auquel on aurait pu penser, puisque leur opinion unanime était que le Congrès n'avait pas l'intention d'attribuer à l'ATS un champ d'application aussi étendu qu'il aurait pu comprendre le cas litigieux³⁶. Il faut reconnaître néanmoins que cette position est plus restrictive par rapport au champ d'une compétence universelle, bien que l'arrêt ne s'explique pas directement sur cette notion³⁷. Même si elle avait joué un rôle, son application aurait certainement été subordonnée à la présence de liens avec l'Etat du for qui démontrent un intérêt d'une certaine importance à exercer cette compétence, ce d'autant que le tribunal statuant en vertu de l'ATS applique la *common law* du droit fédéral américain et non le droit international coutumier³⁸. Cependant, on peut également penser qu'une obligation de droit international d'assurer aux victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme l'accès aux tribunaux américains l'emporterait sur la présomption s'opposant à l'extraterritorialité de l'ATS³⁹.

32. L'une des préoccupations les plus importantes en cas de soutien d'une attitude de retenue, s'il s'agissait de renverser concrètement la

³⁵ Cf. Chander, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, pp. 829-834. De plus, n'étant pas ou moins exposées aux procès américains, les entreprises étrangères voient faiblir la pression exercée sur elles par des groupes de victimes cherchant à leur faire admettre des montants d'indemnisation élevés à travers une transaction.

³⁶ Cf. Wuerth, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, pp. 618 s.

³⁷ Cf. Ku, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, pp. 835-841. On a d'ailleurs regretté que la Cour suprême ne fasse pas mention de la reconnaissance en droit international du droit d'accès à la justice des victimes de graves violations des droits de l'homme : Canel, *op.cit.*, *Notre Dame Law Review*, 2014, p. 1799.

³⁸ Cf. Wuerth, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, p. 619.

³⁹ Cf. Vázquez, *op.cit.*, *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 1745-1747 ; Steinhardt, *ibid.*, pp. 1707-1716.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

présomption de non-extraterritorialité caractéristique de l'ATS, est constituée par les *foreign policy concerns*. Les juridictions américaines ne devraient pas interférer sans motif pertinent dans la conduite de la politique extérieure du gouvernement américain⁴⁰. Il s'agit non seulement d'éviter des tensions avec des souverainetés étrangères, mais également de prévenir les risques que des Etats étrangers puissent s'en prendre dans des conditions trop extensives aux intérêts américains⁴¹. En fait, ces tensions ne sont pas purement politiques ; elles sont de nature commerciale et deviennent politiques du fait des pressions exercées par les grandes compagnies sur les gouvernements⁴². Il convient de noter, cependant, que l'exception du *forum non conveniens* guette les plaideurs agissant contre une société américaine, à l'instar de l'affaire *Texaco/Chevron*⁴³.

⁴⁰ Le poids de cet argument se manifeste aussi indirectement par le fait que la résidence des plaignants, qui avaient obtenu l'asile aux Etats-Unis précisément en raison des atrocités subies au Nigéria, n'a joué aucun rôle dans le raisonnement de la Cour suprême. Sur ce point, l'affirmation selon laquelle les faits pertinents seraient entièrement situés à l'étranger (*foreign cubed*) est inexacte ; cf. Weinberg, *op.cit.*, *Cornell Law Review*, 2014, pp. 1516-1519.

⁴¹ Afin de respecter cette contrainte, il a été proposé de n'ouvrir un for américain aux demandes de droit civil en indemnisation qu'à la condition que l'auteur de violations graves des droits de l'homme ait été mis en examen par le procureur public, qui doit tenir compte de l'intérêt public à ce qu'une telle démarche soit initiée ou non. Cf. Grosswald et Sloss, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, pp. 858-863.

⁴² Selon *Le Guardian*, dans son édition du 6 avril 2014, des documents internes du *Foreign Office* (rendus accessibles sur requête du type *Freedom for Information*), révèlent que les *amici curiae briefs* fournis par le gouvernement britannique dans les affaires *Kiobel* et *Rio Tinto* ont été le résultat d'un « lobbying » intense de la part des compagnies *Shell* et *Rio Tinto*.

⁴³ *Aguinda et al c. Texaco*, U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, 303 F.3d 470, du 16 août 2002. L'instance a été engagée par 30'000 Equatoriens en 1993 pour aboutir à un désistement après neuf ans de procédure, entraînant la saisine des tribunaux équatoriens en 2003 et aboutissant à une sentence finale de la Cour nationale le 12 novembre 2013, dont l'exécution a été contestée par la société défenderesse (devenue alors *Chevron*) sur la base d'allégations de fraude et de corruption (affaire *Lago Agrio*). Le jugement équatorien a été déclaré insusceptible d'exécution aux Etats-Unis et la partie requérante frappée d'une injonction de s'abstenir d'entreprendre tout acte visant à tirer profit du jugement (U.S. District Court for the Southern District of New York, 4 mars 2014, 2014 WL 815613, *Rev.crit.*, 2014, p. 397, suivi d'observations de H. Muir Watt). Parallèlement, une procédure arbitrale a été initiée par les sociétés américaines contre la République de l'Equateur (Cour permanente d'arbitrage, n° 2009-23 ; cf. Fölsing, *op.cit.*, *RIW*, 2014, pp. 505-507). Le litige a trait à des dommages graves causés à l'environnement par la pollution des terres et des cours d'eau d'Amazonie à large échelle, détruisant les conditions de vie de ses habitants et provoquant de graves problèmes de santé et la mort de centaines de personnes. Cf. A/HRC/26/NGO/74 ; Patel, *op.cit.*, *Tulane Environmental Law Journal*, 2012, pp. 71-110 ; Davidov, *op.cit.*, *Journal of Legal Anthropology*, 2010,

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

33. Au demeurant, il faut rappeler que l'arrêt *Kiobel* est relatif au champ de l'ATS par rapport à des situations internationales. S'il en écarte des cas manifestement sans lien avec les Etats-Unis, il n'entend pas faire de ce pays un *safe harbour* pour des tortionnaires ou autres criminels qui escomptent pouvoir s'y mettre à l'abri d'actions civiles intentées par leurs victimes (dans des cas correspondant aux affaires *Filártiga* et *Sosa*). De surcroît, l'arrêt ne détermine pas, de manière générale, la compétence des tribunaux américains en ce qui a trait à des violations graves des droits de l'homme survenues à l'étranger. L'ATS présente un filtre pour accéder aux tribunaux fédéraux. D'autres demandes de même nature peuvent être présentées en vertu du droit fédéral sur la base d'autres lois, telle la *Torture Victim Protection Act*, ou d'après la règle générale de *diversity jurisdiction*, lorsqu'une partie américaine est opposée à une partie étrangère. De surcroît, l'arrêt *Kiobel* ne touche pas à la compétence des tribunaux étatiques (*State Courts*). On a ainsi tôt fait d'observer que l'arrêt *Kiobel* allait avoir pour effet, non pas de fermer l'accès aux *human rights litigations* aux Etats-Unis, mais simplement entraîner leur transfert vers les juridictions des Etats américains⁴⁴, voire de l'Europe⁴⁵.

34. Il convient de rappeler également la distinction entre le pouvoir de juridiction des tribunaux fédéraux, dont l'étendue par rapport à l'ATS vient d'être restreinte, *ratione materiae*, par l'arrêt *Kiobel*, et l'exigence générale de la compétence personnelle (*personal jurisdiction*). Une action par laquelle les victimes de violations graves des droits de l'homme tendent à obtenir la condamnation des responsables peut aussi échouer en raison de l'absence d'un for compétent sur le territoire américain. Ce ne sont alors pas les hypothèses de *specific jurisdiction*, fondées sur une activité du défendeur aux Etats-Unis, qui sont d'actualité, mais les cas de *general jurisdiction*, en particulier en ce qui concerne la nature de la présence de sociétés aux Etats-Unis. La jurisprudence y relative a été précisée récemment dans un premier arrêt, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. c. Brown*, qui accepte une compétence générale à l'égard de sociétés ayant avec l'Etat du for des liens qui sont « so 'continuous and systematic' as to render them essentially at home in the forum State »⁴⁶.

pp. 147-164 ; Giorgetti, *op.cit.*, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2013-14, pp. 787-797.

⁴⁴ Cf. Hoffmann et Stephens, *op.cit.*, *UC Irvine Law Review*, 2013, p. 9-23 ; Reimann, *op.cit.*, *IPRax*, 2013, p. 461 ; Alford, *op.cit.*, *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 1761-1772 ; Altholz, *op.cit.*, *California Law Review*, 2014, pp. 1495-1552.

⁴⁵ Cf. Stürmer, *op.cit.*, *Juristenzeitung*, 2014, p. 22 s.

⁴⁶ 131 S.Ct. 2846 (2011).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

35. Cet arrêt fut suivi d'un second, *Daimler c. Baumann*, du 14 janvier 2014⁴⁷, d'autant plus intéressant qu'il concernait une demande fondée sur l'ATS. Des résidents argentins intentèrent une action contre la société allemande *DaimlerChrysler AG*, motivée par l'activité de sa société filiale en Argentine, qui aurait coopéré pendant la période 1976-1983 avec les services de sécurité de l'Etat dans des opérations d'enlèvement, de détention, de torture et d'assassinat d'employés de cette société. Le chef de compétence invoqué était la présence en Californie d'une autre filiale de *Daimler*, *Mercedes-Benz USA*, exerçant le rôle de distributeur des voitures de *Daimler* en Californie et à travers les Etats-Unis, et occupant ainsi la fonction d'« agent » de la société mère, au point de soumettre celle-ci à la compétence générale des tribunaux californiens, permettant de diriger contre elle toute action, même sans rapport avec l'activité de sa filiale aux Etats-Unis. La Cour suprême n'a pas accepté cette argumentation, constatant que ni la société allemande ni sa filiale américaine n'étaient incorporées en Californie et qu'aucune d'elles n'y avait son principal lieu d'activité (*business*) ; il serait dès lors excessif d'attirer *Daimler* devant les tribunaux californiens au moyen de demandes présentées par des plaignants étrangers et n'ayant aucun lien avec un événement survenu ou ayant produit un effet en Californie. Cela n'a laissé du même coup plus aucune place à une demande fondée sur l'ATS. La Cour finit par rappeler qu'il convenait également de prêter quelque attention à la *international comity*, dont il résulte que de soumettre la société allemande à la compétence générale des tribunaux californiens ne serait pas conforme au principe de *fair play and substantial justice*⁴⁸.

36. On rappellera par ailleurs qu'une compétence universelle reste acquise en vertu du *Torture Victim Protection Act* de 1991 (TVPA)⁴⁹. A la différence de l'ATS, l'action est également ouverte aux ressortissants américains. Elle n'est cependant possible qu'à l'encontre des auteurs de tortures ou d'exécutions extrajudiciaires, ceux-ci pouvant être de toute nationalité. Ces actes doivent avoir été perpétrés par ou sous l'ordre d'une autorité étrangère. L'auteur doit être un individu⁵⁰. Cela signifie que l'action ne peut mettre en cause un gouvernement étranger ou une entreprise. Aussi faut-il que le demandeur ait préalablement épuisé toutes

⁴⁷ 134 S.Ct. 746 (2014).

⁴⁸ On rappellera, toutefois, que les Etats-Unis connaissent encore la *tag-jurisdiction*, fondée sur la remise de l'assignation à comparaître au défendeur présent sur le territoire de la juridiction saisie ; cf. *Burnham c. Superior Court of California*, 495 U.S. 604 (1990).

⁴⁹ 28 U.S.C. § 1350.

⁵⁰ Ainsi que l'a confirmé la Cour suprême le 18 avril 2012 dans l'affaire *Mohamad c. Palestinian Authority*, 132 S.Ct. 1702 (2012).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

les voies de recours internes. Enfin, tout ressortissant américain, ou ses descendants ou héritiers, peuvent agir en vertu de l'*Anti-Terrorism Act* (ATA) devant une cour fédérale au motif d'avoir été atteint par un acte de terrorisme international à l'étranger et obtenir ainsi des dommages-intérêts triplés ainsi que le remboursement de tous les frais de justice⁵¹. Un tel acte peut être commis notamment à travers le soutien financier fourni à des groupes terroristes, ce qui suppose cependant que le lien de causalité entre la mise à disposition des fonds et le dommage subi par les victimes soit démontré⁵².

37. En Europe, les pratiques sont diverses quant aux perspectives de voir des demandes fondées sur des violations des droits de l'homme commises à l'étranger traitées en justice et, surtout aboutir à des jugements. Du moment qu'il s'agit normalement d'atteintes commises dans des pays en développement et sous-industrialisés, sous l'implication active de sociétés locales sous contrôle européen (ou américain), il manque tout d'abord la possibilité de saisir un tribunal en Europe en vertu des règles ordinaires de compétence, étant donné que la société dont le comportement est incriminé n'a pas son siège en Europe et que l'acte illicite se situe également hors du territoire européen. Ainsi que l'a démontré la *pratique anglaise*, la situation est différente si l'action peut être intentée à l'encontre des sociétés mères établies au Royaume-Uni, au lieu du for ordinaire de leur siège ou du centre de leur administration. La jurisprudence fondée sur l'arrêt *Chandler c. Cape plc* montre que cela tient à la particularité du droit anglais alors applicable, qui impose à la société mère, à certaines conditions, une obligation de protection en matière de santé et de sécurité des employés de leurs filiales à l'étranger (*direct duty of care*)⁵³. Il faut, principalement, pour qu'une telle obligation puisse prendre effet, que la société mère et sa filiale locale opèrent dans la même branche industrielle, que le niveau de connaissance du personnel de la société mère soit supérieur au point qu'il est en mesure non seulement de comprendre si la situation des employés locaux requiert davantage de mesures en faveur de leur sécurité et de leur santé, mais également d'intervenir afin de faire appliquer les mesures nécessaires.

⁵¹ 18 U.S.C. § 2333.

⁵² Condition non remplie dans l'affaire *Rothstein c. UBS AG*, selon la décision de la Cour d'appel du Second Circuit du 14 février 2013 (n° 11-0211-cv).

⁵³ Court of Appeal, 25 avril 2012, (2012) EWCA (Civ) 525. Depuis le 1^{er} mai 2012, une nouvelle législation a rendu le régime de financement de procès nettement plus lourd pour les plaignants, dans le but de réduire leur champ d'action (Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, section 44) ; cf. Meeran, *op.cit.*, *Human Rights Obligations of Business, Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, p. 396 ; Goldhaber, *op.cit.*, *UC Irvine Law Review*, 2013, p. 133.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

L'observation, ou non, des principes dirigeants de l'activité des entreprises (*Guiding Principles*) constitue un facteur non négligeable dans le jugement du comportement approprié à l'égard des enjeux en matière de droits de l'homme sur le terrain des investissements mis en opération dans un pays à risque⁵⁴. Les observations de M. McClean contiennent d'autres éléments utiles au sujet de la compétence des tribunaux anglais.

38. Dans la majeure partie des pays européens, des procès ayant pour objet des violations graves des droits de l'homme survenues à l'étranger sont rares⁵⁵. Cela tient en large partie aux modalités du fonctionnement des juridictions et de la représentation des parties. En effet, les risques au niveau du coût de tels procès doivent être supportés par les demandeurs, qui doivent normalement avancer la rémunération de leurs avocats qui, par ailleurs, ne pratiquent pas le système américain de la participation au succès de l'action (*contingency fees*). En l'absence de condamnation à des dommages punitifs et compte tenu du peu d'usage fait des actions de groupe (*class actions*), les moyens de pression sur les entreprises sont normalement trop faibles. Autant dire qu'un tel procès est souvent sans espoir avant même d'être entamé. Un angle d'attaque utile est parfois la dénonciation pénale qui met en action les services du procureur, ce qui a pour avantage qu'une bonne quantité de preuves documentaires puisse être saisie dans les locaux de la société mère. A cela s'ajoute la possibilité offerte aux victimes, dans plusieurs Etats européens, de se joindre au procès pénal par une action civile en indemnisation du préjudice (respectivement une action d'adhésion) et de profiter ainsi de la démonstration des faits pertinents devant le juge pénal. Cependant, une telle procédure n'est pas toujours facile à suivre pour les victimes, compte tenu de sa longueur et de son coût. Il peut donc paraître préférable de mener un procès de droit civil séparé, ce qui permet toujours de profiter des résultats de l'action pénale. On notera par ailleurs que de tels procès, même s'ils sont cités sous un chapitre « actions en droits de l'homme » ou similaire, sont juridiquement des procès ordinaires en responsabilité pour un acte illicite (parfois aussi pour violation d'un contrat) consistant dans la mort, l'atteinte à l'intégrité corporelle ou la propriété de personnes. Ce ne sont pas des procès pour violation des droits de l'homme au sens large, comprenant le refus de l'accès à l'éducation, l'atteinte aux biens culturels ou à la liberté de réunion, par exemple.

⁵⁴ Cf. McCorquodale, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, pp. 847-849.

⁵⁵ Cf. la synthèse de Goldhaber, *op.cit.*, *UC Irvine Law Review*, 2013, pp. 127-149.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

39. On citera tout au moins le cas *Akpan*, qui aboutit au jugement du tribunal de district de La Haye du 30 janvier 2013⁵⁶, condamnant la filiale de la société hollandaise *Shell* pour avoir violé son obligation de protection à l'égard du peuple des *Ogoni* au Nigéria lors de son exploitation pétrolière. Quant à la société mère, elle était également soumise à une obligation de protection en vertu de la loi nigérienne, mais il a été jugé qu'en l'espèce, ses conditions d'application n'étaient pas réalisées ; la compétence à l'égard de la société mère a permis de retenir celle (dite de connexité) à l'égard de la filiale⁵⁷. Auparavant, le même tribunal avait alloué des dommages et intérêts à un docteur palestinien torturé par des agents libyens⁵⁸. La compétence des tribunaux hollandais était dans ce cas une vraie compétence universelle, aucun lien particulier avec les Pays-Bas n'étant exigé, s'agissant d'un jugement à rendre à l'égard de défendeurs étrangers n'ayant pas comparu ce qui rendait inacceptable d'exiger du demandeur de soumettre son cas aux juridictions d'un Etat étranger. Sur ce point, la pratique néerlandaise est différente de celle des autres pays européens connaissant un « for de nécessité », puisqu'un certain « lien » avec le for y est exigé en règle générale.

40. Au niveau des principes juridico-politiques, l'évolution du droit international européen est sensible à l'opportunité d'une certaine ouverture des tribunaux aux litiges portant sur des graves violations des droits fondamentaux même en l'absence d'un for fondé sur les règles ordinaires. L'existence d'un for de sauvegarde en tant que « for de nécessité » est de tradition dans plusieurs pays européens. Cependant, si l'opinion publique est plutôt favorable à un tel for, les positions politiques sont plus réservées. S'exprimant à travers sa Commission en tant qu'*amicus curiae* devant la Cour suprême dans l'affaire *Kiobel*, l'Union européenne avait observé que l'exercice de la compétence universelle par les Etats-Unis en vertu de l'ATS, dans des cas sans lien des parties ou de l'acte litigieux avec le territoire américain, était

⁵⁶ Case No. C/09/337050/HA ZA 09-1580. Cf. le rapport présenté devant le Conseil des droits de l'homme le 6 juin 2014, A/HCR/26/NGO/100. Pour une présentation générale de la situation dans les Pays-Bas, cf. Enneking, *op.cit.*, pp. 104-107, 126-128, 205-266, 315-357.

⁵⁷ Les circonstances pertinentes dans cette affaire permettent une comparaison avec le litige *Arica Victims KB c. Boliden Mineral AB*, soumis le 12 septembre 2013 au « County Court of Skellefteå ». Il est reproché à l'une des plus grandes sociétés suédoises d'extraction de matières premières d'avoir déposé près de la ville d'Arica au Chili de grandes quantités de résidus métalliques (contenant des concentrations élevées d'arsenic, de mercure, de plomb et d'autres matières toxiques), causant de graves maladies dans la population, dont 700 victimes se sont réunies pour agir contre la société après l'échec d'une transaction. Cf. Kløcker Larsen, *op.cit.*, *Nordic Journal of International Law*, 2014, pp. 405 s., 438.

⁵⁸ *El-Hojouj c. Amer Derbas et al.*, 21 mars 2012, Case No. 400882/HA ZA 11-2252.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

« consistent with international law in accordance with these well-established constraints »⁵⁹. Il faut rappeler cependant que la Commission avait précisé que ces limites devaient être fixées par les mêmes conditions que celles qui peuvent fonder une compétence universelle pénale. Lors des travaux dits de « refonte » du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement Bruxelles I), qui ont abouti au règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (règlement Bruxelles I^{bis})⁶⁰, l'insertion d'un « for de nécessité » qui aurait été accessible dans des litiges dirigés contre des entreprises localisées hors du territoire européen, a surtout posé problème du fait des craintes que l'Union européenne ne pourrait alors plus s'opposer à l'exercice d'une compétence universelle par d'autres pays, tels les Etats-Unis, à l'encontre des défendeurs et des entreprises localisés en Europe⁶¹. La règle proposée pour un tel for n'a pas été retenue.

41. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 janvier 2009⁶² semble être représentatif d'un état de droit qui révèle que les législations nationales n'admettent pas une véritable compétence civile universelle en faveur des victimes de violations graves des droits de l'homme lorsque, comme en l'espèce, « aucun critère de rattachement à la France n'est réalisé ». Il s'agissait dans cette affaire de procédures judiciaires engagées par les ayants droit des victimes (dont certaines étaient de nationalité française, d'autres des étrangères) pour obtenir la condamnation des auteurs ou complices de l'attentat du DC 10 de la compagnie française UTA (reliant Brazzaville via N'Djamena) qui a explosé en plein vol au-dessus du désert du Ténéré suite à un attentat.

42. Dans un domaine certes très différent, on rencontre des jurisprudences qui ne sont pas alignées sur la même approche. Ainsi, dans l'affaire *NIOC*, le 1^{er} février 2005, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir mis en œuvre un arbitrage international par la nomination de l'arbitre à laquelle la partie sollicitée refusait de procéder, motif pris d'un risque de déni de justice et sans égard au fait de l'absence de tout lien avec la France⁶³. Dans l'affaire *Moukarim*, la

⁵⁹ Cf. le rapport de Kaeb et Scheffer, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, pp. 852-857 ; Boschiero, *op.cit.*, *RDIPP*, 2013, p. 260 s. ; Kohl, *op.cit.*, *ICLQ*, 2014, pp. 680-688.

⁶⁰ *JOUE*, 2012, L 351, p. 1.

⁶¹ Cf. Boschiero, *op.cit.*, *RDIPP*, 2013, p. 265.

⁶² *La Jamahiriya Arabe Libyenne Populaire et Socialiste c. GIE La Réunion Aérienne*, *Chunet*, 2009, p. 863.

⁶³ Cour de cassation, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 693, *Rev.crit.*, 2006, p. 140, jurisprudence aujourd'hui consacrée à l'art. 1505 ch. 4 du Nouveau Code de procédure

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

prévention d'un déni de justice justifiait le for français afin de protéger une travailleuse temporairement présente sur le territoire français (dont il était allégué qu'elle était victime d'un véritable esclavage), alors même que le contrat prévoyait un for étranger et l'application d'une loi étrangère⁶⁴.

43. Au Canada, les plaignants qui ont intenté un procès à *Anvil Mining Ltd* étaient des personnes qui ont perdu un membre de leur famille ou qui ont été victimes de sévices, du pillage de leurs biens ou qui ont dû fuir la ville de Kilwa en octobre 2004, suite aux actes illégaux commis par les forces armées de la République démocratique du Congo avec l'aide logistique de la société *Anvil*, qui exploitait une mine dans la région. Ils n'ont pas eu de succès devant la Cour d'appel de Québec, statuant le 24 janvier 2012⁶⁵. La société *Anvil* avait été incorporée au Québec, mais elle n'y avait ni activité ni établissement et tout ce qu'elle y entreprenait comme gestion n'avait aucun lien quelconque avec les événements survenus au Congo. Cependant, il n'avait pas été démontré que les victimes ne pouvaient pas s'adresser aux tribunaux en Australie où se trouvait le siège social de la compagnie *Anvil*. De plus, en l'absence d'un lien suffisant du litige avec le Québec, les conditions requises pour un for de nécessité n'étaient pas réunies.

44. Ces positions relèvent de la loi interne. L'approche du point de vue du droit international peut être différente. De par sa nature, une telle approche doit être multilatérale et non unilatérale en ce qu'elle est déterminée par chaque Etat. La question n'est pas, dès lors, de savoir si des intérêts nationaux sont en jeu au point que le pouvoir juridictionnel doit être à disposition afin de fournir un remède à des crimes contre l'humanité commis par les « ennemis de l'humanité ». La question est plutôt de savoir si les intérêts de la communauté internationale militent pour qu'un tel remède soit fourni par une juridiction appropriée de telle manière à ce qu'aucun « havre sûr » ne subsiste qui pourrait en fin de compte opérer comme un écran protecteur à l'encontre des demandes légitimes des victimes de torture, de génocide et d'autres atrocités de ce genre. Afin d'éviter une telle issue, le droit international devrait assurer

civile. En l'espèce, la compétence des tribunaux français a été reconnue par le Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt du 10 janvier 2013 (4A_146/2012), *ASA Bulletin*, 2013, p. 383.

⁶⁴ Cour de cassation française, 10 mai 2006, *Rev.crit.*, 2006, p. 856, *Chunet*, 2007, p. 531.

⁶⁵ *Anvil Mining Ltd. c. Association canadienne contre l'impunité*, 2012 QCCA 117. Cette affaire a servi d'illustration, parmi d'autres, lors des travaux du Forum régional africain sur les entreprises et les droits de l'homme à Addis Abeba du 16 au 18 septembre 2014 (A/HCR/29/28/Add. 2, par. 34) ; il fut rappelé à cette occasion que la société *Anvil* avait été vendue à une autre compagnie, ce qui devait rendre illusoire tout espoir de réparation.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

l'existence et le bon fonctionnement de tribunaux aptes à en juger afin de protéger les victimes face à un déni de justice. Les quelques procès qui ont été menés ont permis, en raison de leurs effets désastreux sur l'image des sociétés visées, de provoquer une prise de conscience débouchant sur une approche de prévention par rapport aux droits de l'homme.

B. Les entreprises

45. Le mouvement en faveur du devoir de réparation et d'indemnisation des victimes s'accompagne d'une prise de conscience d'un devoir de prévenir et d'empêcher que de tels torts ne soient commis, et ce également de la part des grandes sociétés multinationales. S'il est vrai que ce devoir ne s'est guère concrétisé au point d'en dégager une responsabilité en cas de non-respect, il s'en dégage néanmoins des règles de bonne conduite qui peuvent avoir leur influence sur l'appréciation de la légalité et du degré de responsabilité des acteurs n'ayant pas agi en fonction de leurs responsabilités envers la société et l'humanité.

46. Le volet réparation/indemnisation s'accompagne donc, en amont, d'un volet de responsabilité sociale des entreprises (RSE – *Corporate Social Responsibility, CSR*) dont l'activité peut produire des effets de taille à affecter les sociétés, voire l'humanité en général⁶⁶. Cette responsabilité est renforcée par un devoir de rapporter sur le suivi, à travers différents système de *compliance*⁶⁷.

47. Ainsi, l'Union européenne entend améliorer la transparence de l'information sociale et environnementale fournie par les entreprises. Les sociétés d'une certaine importance devraient être tenues d'inclure dans leur rapport de gestion une déclaration « non financière », comprenant des informations relatives aux questions d'environnement, sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption⁶⁸. L'inclusion d'informations sur le respect des droits de l'homme ne poursuit pas uniquement une politique consistant à sensibiliser les grandes entreprises à leur responsabilité envers la communauté internationale, mais également à prévenir un éventuel devoir de réparation et d'indemnisation. Ce devoir est considéré comme une charge, voire une obligation qui pèse sur le bilan des entreprises. Cependant, sa configuration juridique est encore très incertaine. L'une

⁶⁶ Les repères essentiels se trouvent dans les normes ISO 26000:2010 sur les Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale.

⁶⁷ Cf., parmi d'autres, Deva, *op.cit.*, *Regulating Corporate Human Rights Violations, passim* ; Enneking, *op.cit.*, pp. 9-57, 363-441.

⁶⁸ Directive 2014/95 du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34 en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes (*JOUE*, 2014, L 330, p. 1).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

des incertitudes est liée aux possibilités d'accès à une juridiction compétente. C'est bien là que se situe l'un des axes principaux du développement vers un meilleur respect des droits de l'homme. Ainsi, dans sa résolution du 12 mars 2015, le Parlement européen invite la Commission « à prendre des initiatives résolues en vue d'améliorer l'accès à la justice des victimes de violations des droits de l'homme liées aux activités d'entreprises en dehors de l'Union », insistant également « sur la nécessité de donner aux victimes de ces violations les moyens d'obtenir réparation »⁶⁹.

48. On n'oubliera pas, par ailleurs, que la responsabilité qui doit s'articuler devant les tribunaux n'est pas le seul angle d'action comportant une sanction pour un défaut d'observer les exigences ainsi posées. Un autre volet est représenté par la réputation de l'entreprise, qui risque d'être atteinte rapidement si des omissions ont été constatées et rendues publiques, notamment si elles sont suivies d'un procès. Cela suppose que la voie judiciaire soit réellement ouverte aux victimes d'atteintes aux droits fondamentaux. Les entreprises doivent ainsi comprendre que leur risque est également leur chance de s'en sortir avec une réputation bien accueillie dans le public et sur les marchés⁷⁰.

49. Au plan mondial, l'émergence de cette nouvelle orientation de la stratégie commerciale des grandes sociétés trouve ses racines, de nos jours, dans les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, approuvés par le Conseil des droits de l'homme sur proposition du rapporteur spécial John Ruggie en 2011⁷¹. Ce qui n'apparaît pas dans leur titre est déjà mis en évidence dans le premier principe, qui énonce que « les Etats ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction ». Il s'agit ainsi d'une obligation incombant à l'Etat, sous la forme d'une norme de conduite à concrétiser à travers des mesures de prévention appropriées. Ce principe est ensuite à la fois précisé et affaibli par le principe n° 2, selon lequel les Etats « devraient » énoncer clairement qu'ils attendent des entreprises « qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités », celles-ci comprenant celles ayant des incidences extraterritoriales ; le commentaire explique que les « sociétés mères » pourraient ainsi être amenées à rendre compte des activités mondiales de

⁶⁹ Résolution du Parlement européen du 12 mars 2015 concernant le rapport annuel 2013 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et la politique de l'Union européenne en la matière (P8_TA(2015)0076), par. 106.

⁷⁰ Cf. Kaufmann, *op.cit.*, *Revue de droit suisse*, 2013, I, pp. 497-516.

⁷¹ A/HRC/17/31. Sur la genèse du texte, cf. Ruggie, *op.cit.*, *Just Business, passim*.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

l'ensemble de l'entreprise⁷². Cette directive de politique générale est ensuite définie au moyen de quelques « principes opérationnels » que les Etats « sont tenus » de mettre en œuvre, tandis que pour d'autres, ils « devraient » les suivre : dans la première catégorie, on trouve l'obligation du législateur de prévoir que l'exploitation des entreprises n'entrave pas mais favorise le respect des droits de l'homme (n° 3), tandis que dans la seconde sont mentionnées des mesures de protection, de contrôle et de promotion pour tout ce qui touche aux droits de l'homme et leurs violations (n° 4-6), une attitude plus rigoureuse étant recommandée lorsque des entreprises opèrent dans des zones de conflit (n° 7).

50. Le contraste frappant apparaît surtout lorsque l'on compare l'obligation qui est faite aux Etats de veiller à ce que leurs entreprises respectent les droits de l'homme (principe n° 1) avec l'obligation correspondante incombant aux entreprises elles-mêmes. A cet égard, en effet, il est prévu que celles-ci « devraient respecter les droits de l'homme », ce qui signifie qu'elles « devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives » (n° 11). La responsabilité des entreprises porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus (n° 12), mais il est rappelé dans le commentaire que cette responsabilité « se distingue des questions de responsabilité juridique et d'application légale qui restent définies pour une large part par les dispositions du droit interne dans les juridictions compétentes ». Il est cependant ajouté, de façon plus incisive, que la responsabilité découlant ainsi du droit international exige des entreprises qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent (n° 13), en mettant en place des politiques et des procédures adéquates, comprenant un contrôle de diligence, des études d'impact et des rapports de suivi lorsque des incidences sur les droits de l'homme sont constatées (n° 15-21).

51. Lorsque des « incidences négatives » sont survenues, les entreprises « devraient » prévoir des mesures de réparation (n° 22), ce qui peut exiger, « dans certaines situations », d'après le commentaire, une « coopération avec les mécanismes judiciaires », la préférence étant cependant donnée à des « mécanismes de réclamation au niveau opérationnel » que les entreprises « devraient établir » (n° 29). La

⁷² Le caractère volontariste du principe est relevé dans le commentaire : « Au stade actuel, les Etats ne sont généralement pas tenus en vertu du droit international des droits de l'homme de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. Cela ne leur est pas non plus interdit en règle générale pourvu qu'il existe une base juridictionnelle reconnue. »

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

garantie d'un accès à la justice réservé aux « parties touchées », en revanche, incombe aux Etats, qui peuvent recourir à des procédures judiciaires ou non judiciaires (n° 25). On ne trouve pas, en conséquence, le rappel d'un droit international à réparation des victimes de violations, même graves ou flagrantes, des droits de l'homme, ni à l'égard des entreprises, ni à l'égard des Etats ayant agi de concert avec leurs dirigeants. Cette retenue est le reflet du contexte sensible du contrôle opérationnel des grandes entreprises.

52. S'inspirant d'une prudence politique semble-t-il opportune en vue de l'acception des principes, ceux-ci comptent parmi leurs « principes généraux » la déclaration qu'ils doivent être compris comme ne permettant pas, dans aucun de leurs éléments, une interprétation qui pourrait instituer de nouvelles obligations en vertu du droit international. Dès lors, ils ne doivent pas être interprétés « comme limitant ou compromettant la moindre obligation juridique qu'un Etat aurait contractée ou à laquelle il serait assujéti conformément au droit international dans le domaine des droits de l'homme »⁷³. Il en résulte que les « principes directeurs » cèdent le pas à toute obligation de droit international qui offre aux victimes une meilleure protection en matière des droits de l'homme⁷⁴. Même cette précaution déclaratoire n'a pas suffi au Conseil des droits de l'homme pour parvenir à un consensus sur l'élaboration d'un instrument juridiquement contraignant inspiré par lesdits principes⁷⁵ ; la question a été remise entre les mains d'un groupe de travail dont l'étude portera également sur l'accès des victimes à des moyens de recours⁷⁶.

⁷³ Le paradoxe est manifeste : on dit que les Principes généraux ne créent pas de nouvelles obligations en droit international, tandis qu'on souligne également que les Etats n'ont pas pour devoir en droit international de régler les activités de leurs entreprises à l'étranger (commentaire du principe n° 2). Dès lors, les devoirs qui sont explicités par ailleurs dans les Principes directeurs ne constituent pas du droit international, ni *de lege lata*, ni *de lege ferenda* ?

⁷⁴ Cela aurait mérité d'être complété par une mention des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire de 2005 (A/RES/60/147).

⁷⁵ Séance du 25 juin 2014, A/HRC/26/L.22/Rev.1. Le débat ne va pas en rester là. Ainsi, dans sa résolution précitée du 12 mars 2015, le Parlement européen invite l'Union à s'impliquer dans le débat émergent concernant un instrument international juridiquement contraignant concernant les entreprises et les droits de l'homme au sein du système de l'ONU (par. 107).

⁷⁶ Résolution adoptée le 23 juin 2014, A/HRC/26/L.1, n° 10, priant le Groupe de travail « d'inscrire à l'ordre du jour du Forum sur les entreprises et les droits de l'homme la question de l'accès à des recours, judiciaires ou non judiciaires, pour les victimes d'atteintes aux droits fondamentaux commises par les entreprises, afin d'offrir un accès

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

53. A présent, ainsi que cela a été relevé, il manque une connexion – politique et juridique – entre la responsabilité des sociétés multinationales et leur Etat d'origine, d'une part, et le régime des investissements à l'étranger, d'autre part⁷⁷. Ce dernier entend protéger et encourager l'activité déployée sous l'écran d'un traité d'investissement, dont le partenaire étatique tire des bénéfices à travers l'expansion de ses capacités industrielles et financières, suivie des taxes perçues sur le profit de ses entreprises. Par contre, ce traité n'impose pas aux investisseurs, sauf quelques textes récents, des obligations en échange de leur liberté opérationnelle et économique, et leur Etat de provenance n'assume pas les responsabilités pour leurs agissements dans le pays étranger d'investissement. L'insertion de standards de direction liés au respect des droits de l'homme et d'autres droits fondamentaux reste donc encore à faire.

54. Malgré les réticences qu'ils peuvent inspirer, les *Principes directeurs* ont déclenché un mouvement qui se développera sans doute, débutant d'abord au niveau politique, impliquant tant les gouvernements que les législateurs, pour pénétrer ensuite les grandes entreprises et les marchés sur lesquels celles-ci engagent leur réputation et leur force économique. Le respect des droits de l'homme est devenu un objectif prioritaire, porté par de nombreuses institutions et des textes ayant valeur de standard, tels les *Principes du Pacte mondial des Nations Unies* de 2000 et les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (2011)⁷⁸. On citera également les directives adoptées en

plus effectif aux recours judiciaires ». Un premier élément de réponse est fourni par les conclusions du Forum régional africain sur les entreprises et les droits de l'homme, regrettant l'absence de progrès s'agissant de l'accès à la justice des victimes de comportements mercantiles abusant des droits de l'homme et appelant les Etats à y remédier par la mise en place de mécanismes judiciaires et non-judiciaires (par. 107/j du rapport de la réunion du 16 au 18 septembre 2014 à Addis-Abeba, A/HRC/29/28/Add. 2).

⁷⁷ Horatia Muir Watt, *op.cit.*, *Travaux*, 2010-2012, p. 239 ; Alschner et Tuerk, *op.cit.*, *Investment Law within International Law*, pp. 225-229 ; Dupuy, *op.cit.*, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, pp. 45-62 ; Simma, *op.cit.*, *Arbitration – The Next Fifty Years*, pp. 161-165 ; Stephens, *op.cit.*, *MJIL*, 2013, p. 264 s.

⁷⁸ On citera encore, à titre d'illustration, la recommandation, adoptée par le Conseil de l'OCED le 28 juin 2012, sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale (« les approches communes »), incitant les Etats membres, entre autres, à « encourager la protection et le respect des droits de l'homme, en particulier dans les cas où les impacts potentiels des projets ou des opérations existantes présentent des risques du point de vue des droits de l'homme ».

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

2014 par le Comité juridique inter-américain de l'Organisation des Etats américains⁷⁹.

55. Dans un premier temps, l'intérêt portera plus particulièrement sur la nature et le contrôle opérationnel de l'activité des grandes entreprises dans des pays vulnérables face aux atteintes portées aux droits fondamentaux. C'est par la suite que se poseront plus fréquemment des questions sur la responsabilité en cas de violations et sur les possibilités d'un accès à la justice pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme.

56. La responsabilité est le prolongement de l'obligation de vigilance (*duty of care*) ; elle est activée en cas de violation. Etant donné que cette obligation risque de manquer de force de persuasion et de s'épuiser rapidement dans les faits, un régime de responsabilité est indispensable pour en garantir le respect et l'efficacité. Les groupes de société veilleront à s'en détacher en rendant aussi indépendantes que possible leurs filiales sur le terrain opérationnel ; cela suppose qu'elles disposent d'une grande autonomie de décision et d'une capitalisation suffisante pour faire face aux éventuelles réclamations de victimes, le rôle de la société mère étant alors limité au contrôle⁸⁰. Dans de telles conditions, la société mère peut s'extraire largement de sa responsabilité, tout en déclarant adhérer aux *Principes directeurs* applicables en la matière. Les méthodes fondées sur la transparence (levée du voile social, *piercing of the corporate veil*, *Durchgriff*) sont alors inopérantes. Cependant, les engagements pris en ce qui a trait au contrôle des activités à l'étranger, notamment à travers les filiales et les succursales, sont faits au nom de la société mère et peuvent donner lieu, le cas échéant, à des revendications au cas où ils n'auraient pas été respectés et qu'une hypothèse d'omission ou d'acte fautif puisse entraîner un cas de responsabilité. Une autre évolution va apparaître, visant à mieux inclure les sociétés mères et d'autres entreprises donneuses d'ordre dans un faisceau de responsabilités du groupe : ces personnes morales seront responsables de toute omission à prévenir ou à empêcher la survenance d'un dommage en cas d'atteinte aux droits fondamentaux commise dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants⁸¹. Par

⁷⁹ *Corporate Social Responsibility in the Area of Human Rights and the Environment in the Americas* (CJI/RES.205 – LXXXIV-014, du 13 mars 2014, renvoyant au rapport CJI/doc. 449 rev.1).

⁸⁰ Cf. Forstmoser, *op.cit.*, *Liber amicorum Andreas Donatsch*, pp. 714-722.

⁸¹ En ce sens, une proposition de loi n° 1524 du 6 novembre 2013, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a été présentée en France, puis retirée au profit d'une proposition n° 2578 du 11 février 2015, de portée plus limitée, préconisant une obligation des grandes sociétés d'établir et de mettre en

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

rapport à cette problématique, les questions liées à l'accès à la justice apparaissent peu développées. Leur examen s'impose en priorité au regard des victimes d'atteintes graves à leur dignité humaine, souvent perpétrées par des sociétés en concertation avec les agents et les forces militaires ou paramilitaires de l'Etat.

57. Le droit à la réparation et à l'accès à la justice sera à confirmer et à développer par les Etats à travers leur droit national et, le cas échéant, des instruments de droit international convenus entre eux, au plan régional ou mondial. L'étude doit porter préalablement sur la contribution que le droit international général peut fournir à cet égard. Celle-ci est réelle lorsqu'il s'agit de ce que l'on appelle souvent des violations « graves » ou « flagrantes » des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. La nature des droits et obligations y relatifs est donc tout d'abord à examiner.

III. La nature de l'obligation de réparer le préjudice causé aux victimes

A. L'Etat responsable de la réparation

58. S'agissant des violations du droit de la guerre, le principe de la réparation des préjudices est acquis de longue date, tel que proclamé à l'article 3 dans la *Convention IV de La Haye de 1907* concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, puis repris par l'article 91 du Premier *Protocole additionnel de 1977* aux quatre Conventions de Genève de 1949⁸².

59. Ces dispositions désignent l'Etat à l'origine des violations des règles de protection de ces instruments en tant que responsable, tenu de fournir l'indemnité⁸³. Elles ne précisent pas le destinataire de l'indemnité. Les victimes individuelles ne sont pas désignées en cette qualité et il n'est

œuvre de manière effective un plan de vigilance, le non-respect de ces obligations étant susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur. Ce texte a été adopté par l'Assemblée générale en première lecture le 30 mars 2015 (n° 501), puis soumis à l'examen du Sénat (n° 376).

⁸² On notera qu'une thèse affirmant qu'un droit individuel des particuliers y aurait été consacré n'a pas emporté l'adhésion, en l'absence du moindre élément textuel qui y serait favorable ; cf. l'analyse et les références *in* d'Argent, *op.cit.*, pp. 784-788.

⁸³ Vue sous cet angle, la Résolution de l'Institut de Bruges (2003) apparaît en régression en ce qui concerne l'obligation d'indemnisation, qui n'y est pas mentionnée. Au terme de son article premier, la résolution comprend dans son champ les catastrophes consistant en des traitements cruels, inhumains ou dégradants, causées par la violence ou les conflits armés ; en revanche, elle ne comprend l'expression « assistance humanitaire » que dans le sens de la fourniture de biens et de services indispensables à la survie et à la satisfaction des besoins essentiels des victimes, sans viser la restitution de l'état antérieur ou la réparation du préjudice subi.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

point question qu'elles disposeraient d'un droit de recours personnel leur permettant de faire valoir une réparation à l'encontre de l'Etat responsable. L'obligation de réparation et le droit d'obtenir la prestation correspondante engagent les seuls Etats⁸⁴. Les interprétations qui ont été développées afin de valoriser les droits des victimes n'ont mené à rien ; cela peut ne pas plaire, mais les droits et obligations consacrés dans ces instruments sont placés au niveau interétatique exclusivement, conformément aux conceptions dominantes lors de leur conclusion⁸⁵. Il est certes intéressant, mais sans effet en droit positif, d'en appeler à une interprétation évolutive des textes⁸⁶. Et nous sommes loin du temps où faute de pouvoir appliquer la Convention de La Haye de 1907, il était possible de se fonder sur des principes généraux bien reconnus, tels que des « considérations élémentaires d'humanité »⁸⁷.

60. On retrouve la nature purement interétatique de l'obligation de réparation dans les *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, préparés par la Commission du droit international et annexés à la résolution de l'Assemblée générale du 28 janvier 2002⁸⁸. En effet, l'article 31, paragraphe 1, consacre le principe que l'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite, en précisant cependant que cette obligation ainsi que d'autres « peuvent être dues à un autre Etat, à plusieurs Etats ou à la communauté internationale dans son ensemble » (article 33 paragraphe 1). Ni ces dispositions, ni d'autres articles ne mentionnent les victimes en tant que destinataires individuels du devoir de réparation ; seuls les Etats ont qualité pour invoquer la responsabilité d'un Etat (articles 42-48). Les droits que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître au profit d'une personne ne sont pas visés, mais simplement réservés (article 33 paragraphe 2) ; cela ne rend guère lisible l'ancrage de ces droits en droit international, ni les modalités de leur mise en œuvre.

⁸⁴ Cf. Tomuschat, *op.cit.*, *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, p. 821-828 ; Benvenisti, *op.cit.*, pp. 333-336.

⁸⁵ Cf., pour une illustration jurisprudentielle, l'arrêt rendu par le *Bundesverfassungsgericht* le 13 août 2013, dans l'affaire du *Pont de Varvarin* (2 BvR 2660/06, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2013, p. 563), n° 45-47, cf. la note de K.F. Gärditz in *AJIL*, 2014, pp. 86-93. De même, l'opinion individuelle du Juge Koroma dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 157 ss, par. 9.

⁸⁶ Cf., parmi d'autres, Matthiesen, *op.cit.*, pp. 199-348 ; Gaeta, *op.cit.*, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, pp. 305-327.

⁸⁷ *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil*, 1949, p. 4 ss, 22.

⁸⁸ A/RES/56/83.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

B. L'obligation de l'Etat de garantir le droit des victimes

61. Depuis plus récemment, les victimes d'actes de violence grave réprimés par le droit international figurent dans des actes de droit international en tant que destinataires d'une obligation de réparation incombant à tout Etat responsable.

62. La disposition principale qui sert d'illustration est l'article 14 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* de 1984, dont la teneur est la suivante :

« 1. Tout Etat partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales. »

63. Le principe énoncé au début de cette disposition semble avoir acquis une valeur de modèle, puisqu'on le retrouve, notamment, à l'article 15, paragraphes 3 et 4, de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains de 2005, à l'article 24, paragraphe 4, de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006, ainsi qu'à l'article 12, paragraphe 2, de la Convention de Kampala de 2009⁸⁹. Ce dernier instrument définit de façon particulièrement explicite le contenu de l'obligation de réparation⁹⁰. Certains instruments antérieurs à la Convention sur la torture consacrent également le même principe, cependant le plus souvent dans une version

⁸⁹ Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique, prévoyant que : « Les Etats parties mettent en place un cadre juridique adéquat aux fins d'apporter une compensation juste et équitable, et de fournir d'autres formes de réparation, le cas échéant, aux personnes déplacées pour les dommages résultant du déplacement, conformément aux normes internationales. » Texte anglais dans *ILM*, 2013, p. 400.

⁹⁰ Ainsi, selon le paragraphe 5, le droit d'obtenir réparation couvre les dommages matériels et moraux ainsi que, le cas échéant, d'autres formes de réparation telles que : a) la restitution ; b) la réadaptation ; c) la satisfaction, y compris le rétablissement de la dignité et de la réputation ; d) des garanties de non-répétition. Pour une illustration des divers modes de réparation, cf., principalement, l'arrêt rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le 22 septembre 2006, dans l'affaire *Goiburú c. Paraguay*, par. 134-191 ; cf. Tigroudja, *op.cit.*, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, pp. 69-89 ; *idem, op.cit.*, *AFDI*, 2006, pp. 628-635.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

encore moins élaborée⁹¹. On rencontre par ailleurs des instruments qui ne le mentionnent pas, alors que l'on aurait pu penser qu'il devrait s'y trouver⁹². Récemment, il a encore été rappelé en ce qui concerne les victimes de détention secrète, qui peut être constitutive, à la fois d'une torture, d'une disparition forcée et d'un crime contre l'humanité⁹³.

64. Ce principe consacre à n'en point douter une obligation de l'Etat de garantir en son propre système de droit que les victimes puissent obtenir réparation. En revanche, il est nettement moins certain si ce même principe a pour effet de déterminer le cercle des victimes ayant accès à un tel droit de réparation et de consacrer une obligation de l'Etat de leur conférer un droit individuel qu'elles puissent faire valoir le cas échéant devant les tribunaux civils ou autres. Au regard des dispositions citées, un tel droit de recours n'est pas directement instauré en droit international. Celui-ci se borne à obliger les Etats de le faire dans leur droit national. Il consacre une obligation des Etats, mais il n'en détermine pas, en droit international, la contrepartie sous la forme d'un droit des victimes. La consécration d'un tel droit relève du droit interne.

65. De surcroît, les dispositions citées ne définissent pas les liens qu'une victime doit présenter avec un Etat afin d'être mise au bénéfice de son système de réparation, comme elles n'indiquent pas non plus que même des victimes sans lien avec le territoire d'un Etat puissent y réclamer une réparation pour les actes de torture subis ailleurs. Certes, il tombe sous le sens que l'obligation de mettre en place un régime de réparation pèse sur l'Etat responsable d'actes de torture, ainsi que sur l'Etat dans lequel de tels actes ont été préparés⁹⁴ ou sur le territoire duquel les tortionnaires ont

⁹¹ Ainsi, selon l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965, « les Etats parties assureront à toute personne soumise à leur juridiction une protection et une voie de recours effectives, devant les tribunaux nationaux et autres organismes d'Etat compétents, contre tous actes de discrimination raciale qui, contrairement à la présente Convention, violeraient ses droits individuels et ses libertés fondamentales, ainsi que le droit de demander à ces tribunaux satisfaction ou réparation juste et adéquate pour tout dommage dont elle pourrait être victime par suite d'une telle discrimination. »

⁹² Tel est le cas de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, qui vise à l'article 39 la réadaptation et la réinsertion d'enfants victimes de torture, de traitements inhumains ou de conflit armé, sans mentionner le droit à réparation des violences subies.

⁹³ Cf. Etude conjointe présentée par le rapporteur spécial des Nations Unies au Conseil des droits de l'homme le 19 février 2010 (A/HRC/13/42), n° 282, 292 (h).

⁹⁴ Une interprétation parfois rencontrée entend limiter la portée de l'art. 14 à des actes de torture commis sur le territoire de l'Etat dont la juridiction civile est saisie ; cf. Cour d'appel d'Ontario, 30 juin 2004, *Bouzari c. Iran*, n° 69-82, *ILR*, 128, p. 586 ; Cour suprême du Canada, 10 octobre 2014, *Kazemi c. Iran*, par. 50, 137-147 ; High Court of New Zealand, 21 décembre 2006, *Fang c. Jiang Zemin*, *ILR*, 141, p. 702 ss, n° 64. Cependant, le texte de cette disposition n'offre pas de prise à une telle interprétation restrictive.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

tenté de se mettre à l'abri. Cependant, le régime préconisé par la Convention sur la torture n'impose pas à un Etat une obligation de réparation pour des actes n'ayant aucun lien avec cet Etat ou au bénéfice de victimes dont la protection ne relève pas de son rayon d'intérêts, que ceux-ci soient exprimés par des critères de juridiction, des enjeux politiques ou d'une autre manière encore. En d'autres termes, la Convention n'impose pas à un Etat une compétence universelle civile de ses tribunaux.

66. On observera par ailleurs qu'aux articles 5 à 8, la Convention sur la torture définit de manière détaillée le champ de compétence en matière pénale. Cette compétence internationale pénale n'est pas universelle, même si l'on a pu penser qu'elle y ressemble dans ses effets. Or, même si cela était exact, on ne peut donner une portée similaire à l'article 14 sur l'obligation de réparer, qui est rédigé en des termes nettement plus généraux et donc moins contraignants pour les Etats parties. Cette différence des textes ne permet pas non plus de conclure que le régime de compétence civile devrait se définir en parallèle des chefs de juridiction retenus en matière pénale⁹⁵ ; la seule affirmation que ces deux régimes de réparation seraient complémentaires ne suffit pas pour surmonter leur divergence, telle que les auteurs de la Convention l'ont voulue.

67. Une affirmation plus explicite du droit des victimes est consacrée dans la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2005 sur les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*⁹⁶. Dans son préambule, ce texte affirme la nécessité, s'agissant des victimes, « de respecter pleinement leur droit d'accès à la justice et aux mécanismes de réparation ». Il est alors constaté que la portée de l'obligation de droit international comprend, entre autres, celle « d'assurer à ceux qui affirment être victimes d'une violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire l'accès effectif à la justice » (paragraphe 3). Pour donner effet à leurs obligations, « les Etats incorporent ou mettent en œuvre, dans leur droit interne, des dispositions appropriées instaurant la juridiction universelle » (paragraphe 5).

68. Le droit des victimes aux recours comprend comme garanties celle d'un « accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité » et celle d'une « réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi » (paragraphe 11).

⁹⁵ En ce sens, Douglas, *op.cit.*, *BYIL*, 2011, pp. 305-308.

⁹⁶ A/RES/60/147.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

69. La notion d'accès à la justice est précisée en ce sens que les obligations respectives, en-soi fondées sur le droit international, « doivent être reflétées dans les législations internes », étant rappelé qu'il doit s'agir d'un « accès à un recours judiciaire utile, conformément au droit international » (paragraphe 12). C'est « à cette fin » que les Etats « devraient » mettre à disposition un ensemble de moyens nécessaires à l'exercice effectif de ce droit de recours. S'il apparaît ainsi que le droit des victimes d'accéder aux procédures appropriées est défini en tant que garantie dont elles sont titulaires, les obligations correspondantes au niveau de la mise en place de ce droit sont à la charge des Etats. L'effectivité de ce droit de recours dépend donc du respect par les Etats de leurs obligations de droit international.

70. De manière similaire, la réparation, conçue comme le remède aux violations subies, « devrait être à la mesure de la gravité de la violation et du préjudice subi », consistant en une « réparation pleine et effective » (paragraphe 15 et 18), que l'Etat assure « conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales » (paragraphe 15). Autant dire que les Principes ne fournissent pas, et ne constatent pas non plus, la norme juridique internationale dont la victime peut se prévaloir pour réclamer réparation. Ils définissent, en revanche, avec de multiples précisions quant aux diverses formes de réparation (paragraphe 16-22), les composants du droit à réparation, tels que prévus « en droit interne » et « en droit international », prenant la forme de « restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition » (paragraphe 18)⁹⁷. On n'y trouve pas, en revanche, un moyen pour ordonner la cessation d'actes criminels en cours ou en préparation, en combinaison avec une sanction en cas d'inobservation.

71. Le droit des victimes « aux recours » n'est pas articulé, à part son principe, en tant que droit individuel conféré par le droit international à la personne lésée. C'est un droit dont l'existence dépend de l'application et du respect, par les Etats, de leurs « obligations juridiques internationales » de rendre leur droit interne compatible avec le droit international (paragraphe 2). C'est à travers ce même droit interne que les Etats respectent leur obligation d'adapter leurs procédures afin de garantir un « accès équitable, effectif et rapide à la justice » et d'assurer des « recours suffisants, utiles, rapides et appropriés » (paragraphe 2, lettres b et c). Le fondement de cette obligation correspond aux « régimes juridiques pertinents » (paragraphe 1 et 3) que sont les traités liant un Etat, le droit international coutumier et le droit interne de chaque Etat (paragraphe 1). Cela confirme que la résolution n'entend pas créer de

⁹⁷ Cf. Pisillo Mazzeschi, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 333 (2008), pp. 365-373.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

nouvelles règles de droit international ; elle identifie celles déjà existantes, consistant dans l'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire (paragraphe 1) ; elle précise surtout ce que les Etats doivent entreprendre en leur droit interne ou à travers des traités afin de veiller à ce qu'ils soient en conformité avec leurs obligations internationales.

72. Il en résulte, par rapport à la situation individuelle de chaque victime d'un crime de droit international, que son droit de recours, composé de l'accès à la justice et d'une réparation adéquate, est affirmé, certes, mais sans être attribué à l'individu personnellement, sous la forme de règles d'application directe. Les exigences y relatives doivent être satisfaites par les Etats afin de servir de garantie juridique effective aux victimes. De plus, la construction juridique est quelque peu elliptique, puisque, en tant que telle, l'obligation de respecter les droits de l'homme et le droit humanitaire est indépendante du droit à la réparation⁹⁸. Ce droit naît de la violation de cette obligation, dont il constitue l'aspect ou le complément sanctionnel, sans lequel, il est vrai, l'obligation serait privée d'une bonne partie de son effectivité. C'est en ce dernier sens qu'il faut comprendre le fusionnement entre le respect de l'obligation et le devoir de réparation.

73. Il est vrai que ce constat tranche avec certains considérants du préambule, qui déclarent trouver « le droit à un recours » pour les victimes de crimes de droit international dans les dispositions de nombreux instruments fondamentaux de droit international dont une énumération est fournie. Et comme pour insister et, peut-être, rassurer les Etats, il est ajouté que les principes fondamentaux et directives énoncés « n'entraînent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne », mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes « pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà ». Or, même si on peut trouver dans ces proclamations une certaine incohérence par rapport au contenu des principes et directives définis dans le texte⁹⁹, l'on ne saurait y voir un affaiblissement de leur valeur, étant donné que leur adoption dans la nouvelle résolution, non contestée par les Etats, est le facteur décisif. Un certain changement par le biais de quelques nouveautés s'est produit néanmoins, ce que le préambule

⁹⁸ Sauf si on voulait admettre que l'absence de réparation constitue en elle-même une violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire. Cela ne correspond pas à l'état du droit international et ne serait pas judicieux, à part peut-être dans quelques cas d'une gravité particulière.

⁹⁹ Cf. d'Argent, *op.cit.*, *AFDI*, 2005, pp. 41 s., 45. De même, en référence à la version précédente telle qu'approuvée par la Commission des droits de l'homme : Tomuschat, *op.cit.*, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, p. 571.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

indique par son dernier considérant, proclamant qu'ainsi, « la communauté internationale affirme sa solidarité humaine », en adoptant « une approche axée sur la victime ».

74. Le changement dans la perception des droits en jeu est manifeste. L'accès à la justice et le droit à la réparation sont garantis en tant que « droit de la victime » (paragraphe 11). Cela nonobstant, ce droit n'est pas né de ces principes et directives. Il doit être assuré par les Etats en vertu d'une obligation de droit international à leur charge. A ce niveau, on peut en effet parler d'un développement plutôt que d'une innovation du droit international, dont l'acceptation par les Etats et la confirmation par l'*opinio juris* sont certaines s'agissant du domaine propre à la résolution, circonscrit aux crimes de droit international¹⁰⁰. Cependant, le droit de la responsabilité des Etats peine à dégager un droit individuel des victimes en droit international.

C. Le droit des victimes entre droit international et droit interne

75. La place du droit de la victime à réparation n'est pas simple à définir, ce qui n'est pas étonnant s'agissant d'un droit qui est appelé à évoluer encore sensiblement, tant en droit international qu'en droit interne. Quelque certitude se manifeste à travers des instruments internationaux consacrant un tel droit individuel (1). En revanche, c'est plutôt l'incertitude qui caractérise l'évolution de la pratique en droit international général (2).

1. Les instruments de droit international

76. Sur un premier niveau, purement normatif, on doit mentionner les Conventions relatives aux droits fondamentaux qui consacrent un droit de la victime à l'octroi d'une réparation. Ainsi, l'article 9, paragraphe 5, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (Pacte II), affirme : « Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation. » Le même principe est retenu à l'article 5, paragraphe 5, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950. La portée de ces dispositions va bien au-delà des seuls cas de violations graves des droits de l'homme, mais elles constituent néanmoins un appui fondamental aux victimes de tels actes.

77. Sur un second niveau, on trouve les organes, judiciaires ou autres, qui exercent leur compétence en vertu d'un acte de droit international et

¹⁰⁰ « Thus, good reasons can be advanced to consider the text as declaratory of legal standards in the area of victims' rights, in particular the right to a remedy and reparation. », van Boven, *op.cit.*, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, p. 33.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

qui comptent parmi leurs prérogatives la possibilité d'accorder aux victimes de crimes de droit international une certaine réparation de leur préjudice, sous forme d'une indemnité ou d'une satisfaction équitable.

78. Au plan mondial, l'article 75 du Statut de Rome donne compétence à la Cour pénale internationale d'ordonner des réparations en faveur des victimes. En référence aux principes sur le droit applicable énoncés à l'article 21 du Statut de Rome, la Chambre de première instance a déclaré qu'elle allait se conformer au droit fondamental de l'homme à la réparation¹⁰¹. Par ailleurs, la Cour est assistée du Fonds au profit des victimes qui peut être chargé de la conduite de la procédure des réparations ; pour ce faire, le Fonds dépend du financement fourni par des contributions volontaires. La répartition des compétences entre la Cour et le Fonds attend d'être mieux clarifiée encore¹⁰².

79. La Cour européenne des droits de l'homme, d'après l'article 41 de la Convention, lorsqu'elle constate une violation de la Convention ou de ses protocoles, peut accorder à la partie lésée une satisfaction équitable, qui est néanmoins subsidiaire aux prestations de l'Etat responsable fondées sur le droit interne. La victime est alors désignée en tant que bénéficiaire d'une prestation qu'elle peut faire valoir à l'encontre de l'Etat débiteur.

80. Un régime comparable, impliquant uniquement les Etats en tant que parties au différend, s'applique devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme en vertu de l'article 63 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme de 1969. Selon cette disposition, la Cour peut statuer sur une compensation équitable à payer à la « partie lésée » ; cette prestation est à la charge de l'Etat responsable, qui doit procéder à l'exécution du jugement conformément à ses procédures de droit interne¹⁰³. Les victimes peuvent requérir leur participation aux procédures devant la Cour, moyennant un intervenant commun ou des représentants communs¹⁰⁴. Au soutien de leur intervention, un fonds d'assistance judiciaire a été créé¹⁰⁵. La « partie lésée » n'est pas l'Etat requérant, mais la victime individuelle¹⁰⁶.

¹⁰¹ Décision établissant des principes et procédures applicables en matière de réparation, du 7 août 2012, rendue dans l'affaire *Lubanga* (ICC-01/04-01/06), par. 185. La décision a fait l'objet d'un appel dont l'examen est en cours.

¹⁰² Kouassi, *op.cit.*, *Vingt ans de justice internationale pénale*, pp. 173-176 ; Peschke, *op.cit.*, *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, pp. 317-327.

¹⁰³ Cf. Cançado Trindade, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 316 (2005), p. 304-308 ; *idem*, *Hommage à Jean-François Flauss*, pp. 168-170.

¹⁰⁴ Art. 25 du règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de 2009.

¹⁰⁵ En vertu de la Résolution du 3 juin 2008 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats Américains (AG/RES. 2426(XXXVIII-0/08)), suivie du règlement appelé à

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

81. A côté de ces institutions permanentes, il convient de rappeler les organes ou commissions *ad hoc* disposant d'un mandat spécifique d'attribution de compensations aux victimes de guerre ou d'autres conflits armés. Il suffit de mentionner ici la commission mise en place afin de répondre aux réclamations des victimes de la guerre de l'Irak.

2. *Les développements en droit international général*

82. Le chemin menant de la naissance d'une idée jusqu'à la consécration normative est, on le sait d'expérience, plutôt long en droit international coutumier. Le droit individuel de chaque victime d'un crime de droit international à obtenir réparation de ses auteurs n'est pas encore au bout de ses peines. Ce droit est certes reconnu en droit international coutumier, mais son titre en tant que droit individuel relève du droit interne. Pour ce qui est du droit international lui-même, il n'est pas certain si ce droit à réparation est fondé directement sur la violation de la prohibition de commettre des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire ; il se présente plutôt comme un complément, disposant d'un statut juridique propre, fondé à n'en pas douter également sur le droit international. Cela ne rend pas indispensable une distinction, parfois faite en doctrine, entre un régime primaire et un régime secondaire¹⁰⁷, ce qui pourrait laisser entendre, à tort, que cette dernière catégorie serait en quelque sorte de rang secondaire ou inférieur. Il est vrai, cependant, que le principe du droit individuel à réparation ne préjuge pas, en tant que tel, de sa mise en œuvre. Ainsi, le titre permettant de faire valoir un tel droit en justice ne découle pas nécessairement du droit international ; il dispose d'un tel fondement dans certains cas, mais il peut aussi être sujet à sa consécration en droit interne.

83. Le principe fondamental de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* est que toute violation d'un engagement de droit international emporte l'obligation de réparer le dommage qui en découle¹⁰⁸. Cette obligation pourrait être définie comme un droit né en la personne des victimes ayant subi un dommage qui résulte de la violation de droits créés à leur bénéfice. Tel n'était pas, cependant, l'avis de la Cour. Le dommage subi par la personne privée est

régir le fonctionnement du fonds d'aide juridique du système interaméricain des droits de la personne du 11 novembre 2009 (CP/RES. 963 (1728/09)).

¹⁰⁶ Cf., notamment, l'arrêt rendu le 30 janvier 2014 dans l'affaire *Alibux c. Surinam*, par. 141, et les références ; et Sandoval-Villalba, *op.cit.*, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, pp. 243-282.

¹⁰⁷ Cf., parmi d'autres, Dörr, *op.cit.*, *Festschrift für Eckart Klein*, pp. 771-776.

¹⁰⁸ *C.P.J.I.*, arrêt n° 13 du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów* (Fond), *Série A*, n° 17, pp. 29, 47.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

simplement pris comme une mesure pour déterminer l'indemnité qui est due par l'Etat responsable envers l'Etat lésé ; l'arrêt *Chorzów* se place ainsi exclusivement dans le contexte des rapports juridiques entre Etats.

84. On rappellera également que l'affaire *Chorzów* ne portait pas sur une violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire. Le *dictum* de la Cour ne pouvait donc être compris comme un principe applicable *per se* aux réparations dues aux victimes pour des dommages subis du fait d'une telle violation. Preuve en est le fait, entre autres, qu'il ne se trouve pas consacré, en tant que droit individuel, dans la Convention sur la torture. Les Principes fondamentaux et directives de 2005 entendent le confirmer, certes, mais en lui attribuant pour origine, en suivant son préambule, de nombreux instruments internationaux, et non le droit international général, qu'il soit ou non lié à l'arrêt rendu dans l'affaire *Chorzów*. Or, ce droit a évolué.

85. On mentionnera d'abord l'affirmation de l'obligation de réparer le préjudice subi par les victimes qui figure dans l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice le 9 juillet 2004 au sujet des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*¹⁰⁹, déclarant qu'en application du droit de la responsabilité internationale, Israël a « l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées » (paragraphe 152) ; cela signifie qu'à défaut de pouvoir restituer les biens immobiliers saisis, « Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles » (paragraphe 153). Ce *dictum* paraît peu développé, s'agissant d'une question n'étant pas au centre de l'analyse de l'opinion. Il est néanmoins rédigé en des termes dépourvus d'ambiguïté et a valeur de principe, cependant sans désigner les victimes en tant que bénéficiaires et créanciers d'une indemnité. C'est une « règle bien établie du droit international »¹¹⁰.

86. La Cour y prend appui sans autre explication dans l'affaire *Diallo*, constatant, dans l'arrêt du 30 novembre 2010¹¹¹, qu'eu égard aux violations commises par la République démocratique du Congo d'obligations internationales lui incombant, il lui appartient de déterminer

¹⁰⁹ C.I.J. Recueil, 2004, p. 136.

¹¹⁰ Arrêt du 26 février 2007 sur l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), C.I.J. Recueil, 2007, p. 43 ss, par. 460 ; arrêt du 19 décembre 2005, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, C.I.J. Recueil, 2005, p. 168 ss, par. 259. Cf., par ailleurs, le rappel dans l'arrêt du 3 février 2015 sur l'Application de la Convention pour la prévention de la répression contre le génocide (*Croatie c. Serbie*), par. 86, 523.

¹¹¹ C.I.J. Recueil, 2010, p. 639.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

les conséquences découlant des faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité internationale du Congo, qui doivent prendre la forme d'une indemnisation (paragraphe 160 et 161). Il s'agit là de la « réparation due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo » (paragraphe 161) ; cela sous-entend, comme la Cour le rappelle dans l'arrêt subséquent du 19 juin 2012¹¹², que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice de la protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, « est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci » (paragraphe 57)¹¹³. On remarque ici le développement vers une indemnisation individualisée en fonction de la réparation qui doit revenir à la victime¹¹⁴. Cela se présente en parallèle à la codification du droit de la protection diplomatique, qui consiste pour un Etat à invoquer la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat¹¹⁵. Cela tranche avec l'arrêt *Chorzów*, dans lequel il fut encore affirmé que : « Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'Etat subira ; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'Etat. »¹¹⁶ Cela tranche également avec l'arrêt *Mavrommatis* de la Cour permanente de Justice internationale, pour laquelle l'action diplomatique est fondée sur un différend entre Etats, même si une atteinte à un intérêt privé se trouve à son origine¹¹⁷.

87. Le principe de la corrélation entre la violation d'une obligation internationale et l'obligation de fournir une réparation appropriée est également consacré par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en

¹¹² *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 324.

¹¹³ Cette position est partagée par la Cour européenne des droits de l'homme, rappelant que « according to the very nature of the Convention, it is the individual, and not the State, who is directly or indirectly harmed and primarily 'injured' by a violation of one or several Convention rights ». Cela signifie que « if just satisfaction is afforded in an inter-State case, it should always be done for the benefit of individual victims » (arrêt *Chypre c. Turquie* du 12 mai 2014, n° 25781/94, par. 46). Le dispositif ordonne en conséquence au gouvernement de l'Etat requérant de distribuer le montant versé par le gouvernement de l'Etat défendeur aux victimes individuelles dans un délai de 18 mois.

¹¹⁴ « La tendance qui se manifeste est de dépasser la logique purement interétatique. », Condorelli, *op.cit.*, *Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, p. 481. Cf., de même, Cançado Trindade, *Hommage à Jean-François Flauss*, pp. 145-149, 157 s., 161 s., 176-178.

¹¹⁵ Art. 1 des Articles sur la protection diplomatique approuvés par la Résolution de l'Assemblée générale le 6 décembre 2007 (A/RES/62/67), suivie le 19 novembre 2013 par la mise en place d'un groupe de travail chargé d'examiner la question d'une convention sur la protection diplomatique (A/68/465).

¹¹⁶ *C.P.J.I.*, arrêt n° 13 du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (Fond)*, *Série A*, n° 17, p. 28.

¹¹⁷ Arrêt rendu le 30 août 1924 dans l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, *Série A*, n° 2, p. 12.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

tant que « customary norm that constitutes one of the fundamental principles of contemporary law on State liability »¹¹⁸. Celle-ci peut cependant appliquer ce principe sous sa forme individualisée, ainsi que cela vient d'être noté, puisque la Convention de 1969 l'autorise à condamner l'Etat au versement d'une indemnité au bénéfice des victimes.

88. A défaut d'une règle spécifique de droit international désignant la victime en tant que bénéficiaire, voire créancière, d'une indemnité, le droit à obtenir réparation est affirmé en tant que corollaire de l'obligation de réparation et d'indemnisation de l'Etat envers les personnes ayant subi un préjudice. Il n'est pas consacré en tant que droit individuel dont la victime serait titulaire dans l'ordre juridique international. Ce droit naîtra de l'ordre juridique interne de l'Etat concerné, qui agira en exécution de ses obligations de droit international. Cette articulation juridique correspond à celle des Principes fondamentaux et directives de 2005 (paragraphe 1 à 3)¹¹⁹. On peut donc suivre un auteur constant que « state responsibility for reparations in favour of individuals has acquired certain customary standing »¹²⁰. S'il est vrai que la mise en œuvre de cette responsabilité dépend pour une large part du droit national, il n'en demeure pas moins que cela ne signifie pas que les Etats disposeraient d'une large marge discrétionnaire, car ils sont obligés de le faire dans le respect des principes du droit international et de leur effet utile.

89. On n'en dira pas mieux des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, approuvés par le Conseil des droits de l'homme en 2011¹²¹. Le droit international à réparation des victimes de violations, même graves ou flagrantes, des droits de l'homme n'y est pas rappelé, ni à l'égard des entreprises, ni à l'égard des Etats responsables. Il est simplement déclaré, comme un principe dit « fondateur », qu'au titre de leurs obligations de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, les Etats doivent prendre des mesures appropriées pour assurer qu'au cas où de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, « les parties touchées ont accès à un recours effectif » (paragraphe 25).

¹¹⁸ Cf. l'arrêt *Alibux c. Surinam* du 30 janvier 2014, par. 137, ainsi que les arrêts du 21 juillet 1989, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, par. 25, et du 22 septembre 2006, *Goiburú c. Paraguay*, par. 140-143.

¹¹⁹ Cf. d'Argent, *op.cit.*, *AFDI*, 2005, pp. 40-45.

¹²⁰ Evans, *op.cit.*, p. 43. Le droit à réparation de la part des parties responsables est également affirmé dans la Résolution de l'*International Law Association* de 2010, *ILA Report La Haye 2010*, p. 32, cependant sans qu'il soit clair si ce droit forme une créance en la personne de la victime ou s'il s'agit d'un droit à confirmer en droit national.

¹²¹ A/HRC/17/31.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

90. C'est dire également que, en référence aux Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, on est encore loin d'avoir réussi à remplir la lacune qui fait l'objet de la réserve formulée à l'article 33, paragraphe 2, pour lequel les dispositions sur le contenu de cette responsabilité sont « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat »¹²².

91. Les Etats peinent à consacrer sous une forme normative un principe qu'ils ont pourtant proclamé solennellement à l'article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, en ces termes : « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. » Nul doute que ce principe doit s'appliquer également en cas de violations de droits de l'homme reconnus en droit international.

92. Il s'avère ainsi que, devant les tribunaux des Etats, le droit à réparation et le droit d'accès à la justice sont des droits, certes consacrés en droit international, mais tributaires des garanties, modalités et procédures fournies en droit interne. Les règles sur le droit international de la victime à jouir d'une réparation et d'un accès à la justice ne sont pas d'application directe et doivent être consacrées en droit national. Ainsi que cela a été relevé dans la jurisprudence, comment voudrait-on affirmer, en effet, un fondement exclusif et direct de l'action individuelle de la victime alors que l'on n'y trouve pas les éléments pour qualifier et quantifier les dommages-intérêts à verser¹²³ ?

93. Par ailleurs, si l'intention eut été de consacrer en droit international un véritable droit subjectif des victimes à se prévaloir de leur droit à réparation, est-ce compatible avec le fait que seul l'Etat soit désigné comme responsable de celle-ci ? On aurait pu s'attendre à ce que l'auteur non étatique d'atteintes graves aux droits de l'homme figure dans les textes comme une personne responsable envers les victimes, sous la forme d'un certain effet vertical de l'obligation internationale des Etats¹²⁴. Or, il n'en est rien. Les Principes fondamentaux et directives de

¹²² On trouve cette disposition également à l'article 33, paragraphe 2, du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des organisations internationales de 2011, adopté par l'Assemblée générale le 9 décembre 2011 (A/66/PV.82, p. 7) ; cf. le Rapport de la Commission du droit international : 63^{ème} session 2011, A/66/10, p. 52.

¹²³ Une lacune mise en évidence par l'arrêt du « Landgericht » de Stuttgart du 24 novembre 1999, *IPRax*, 2011, pp. 240 ss, 248. Cf., également, Benvenuti, *op.cit.*, p. 338.

¹²⁴ Il en est ainsi dans la Résolution n° 2/2010 de l'*International Law Association* sur la *Réparation en faveur des victimes de conflit armé*, qui pose comme principe de droit

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

2005 mentionnent l'hypothèse où la responsabilité de la réparation incombe à une personne physique, à une personne morale ou à une autre entité, auquel cas la personne ou l'entité « devrait assurer réparation à la victime ou indemniser l'Etat lorsque celui-ci a déjà assuré réparation à la victime » (paragraphe 15). Ce devoir de règlement est entièrement renvoyé au droit interne des Etats. Il en va de même de l'exécution des décisions de réparation à l'égard de particuliers ou d'entités responsables du préjudice subi (paragraphe 17)¹²⁵. La situation n'est guère différente sous l'angle des Principes directeurs approuvés par le Conseil des droits de l'homme, qui affirment certes la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus (paragraphe 12), mais en précisant que cela n'inclut pas la responsabilité civile, qui reste définie pour une large part par le droit interne. On notera cependant une mention explicite de la responsabilité des *other legal entities* dans les *Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction* de 2001 (n° 2)¹²⁶.

94. Une autre perspective est une consécration par morceaux détachés du droit des victimes en droit international. Une illustration récente est fournie par le *droit à la vérité* en ce qui a trait aux détentions secrètes qui constituent des actes de torture, de disparition forcée, voire des crimes contre l'humanité. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, ce droit représente un principe autonome du droit international qui doit profiter non seulement à la victime directe, mais également à la société et, à travers elle, à toute personne ayant un intérêt légitime à invoquer un tel

international que « les victimes d'un conflit armé ont droit à réparation de la part des parties responsables » (art. 6), parmi lesquelles sont cités, outre les Etats et les organisations internationales, des « acteurs non étatiques » ainsi que des parties autres que des organisations internationales (art. 5 par. 2); *Report of the Seventy-Fourth Conference, The Hague 2010*, p. 33.

¹²⁵ Sur ce point, les Principes fondamentaux et directives de 2005 se placent en retrait par rapport à la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, du 29 novembre 1985 (A/RES/40/34). Les principes déclarés dans ce texte désignent les « auteurs d'actes criminels ou les tiers responsables de leur comportement » en tant que personnes responsables de « réparer équitablement le préjudice causé aux victimes, à leur famille ou aux personnes à leur charge » (n° 12); les victimes « ont droit à l'accès aux instances judiciaires et à une réparation rapide du préjudice qu'elles ont subi, comme prévu par la législation nationale » (n° 4).

¹²⁶ Cf. Kwakwa, *op.cit.*, *African Yearbook of International Law*, 2002, p. 412. Ces Principes statuent en particulier que les auteurs des violations graves des droits de l'homme doivent une « réparation appropriée » aux victimes, dans la mesure du possible, directement ou à travers un autre mécanisme (n° 17).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

droit¹²⁷. Point n'est-il besoin de songer encore à une mise en œuvre de ce droit à travers le droit national. Il s'agit cependant d'un cas de dimension ponctuelle, ce qui ne l'empêche pas de faire figure de point lumineux pour des développements à venir.

95. L'évolution future doit donc être réservée. Elle sera entre les mains des responsables des résolutions et déclarations de plus en plus insistantes adoptées au sein des Nations Unies et d'autres organisations internationales. Le droit individuel des victimes en ressortira un jour. Parfois, il est même affirmé comme un droit existant alors qu'il s'agit encore du droit prospectif, à l'instar du rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour du 18 septembre 2004¹²⁸.

96. En conclusion, en l'état actuel du droit international et en réservant les solutions plus progressistes convenues spécialement, en particulier à travers un certain nombre d'instruments en matière de droits de l'homme, le droit de la victime à réparation se présente en droit international comme un principe général dont la transposition en un droit individuel à faire valoir par chaque victime relève du droit interne, et ceci en vertu d'obligations internationales incombant aux Etats. Il convient dès lors de se tourner vers l'analyse du contenu et de la portée de l'obligation des Etats de garantir aux victimes de tels droits de recours.

D. Le champ matériel de l'obligation de réparation

1. La notion de crime international

97. Dans sa résolution de Cracovie de 2005, l'Institut a délimité les crimes soumis à la compétence universelle *pénale* par l'expression « le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international ». Dans la résolution de Naples de 2009 en matière d'immunité de juridiction, la définition a été quelque peu modifiée, visant les « crimes graves en droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre ». Ces termes devaient

¹²⁷ Arrêt du 24 juillet 2014 rendu dans l'affaire *Al Nashiri c. Pologne* (n° 28761/11), par. 481-483, s'appuyant sur les observations fournies par le rapporteur spécial des Nations Unies. L'idée d'un tel droit à la vérité, en tant que composant du « droit de savoir », remonte au rapport fourni par Louis Joinet lors des travaux qui ont finalement abouti aux Principes fondamentaux et directives de 2005 ; cf. rapport du 2 octobre 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1.

¹²⁸ « Le droit international reconnaît maintenant le droit des victimes de violations graves des droits de l'homme, ... à la réparation (y compris sous forme d'indemnisation) du préjudice qu'elles ont subi du fait de ces violations. » (UN S/2005/60, par. 597).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

s'inspirer des dispositions pertinentes du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (articles 5-8). Le Statut a été amendé lors d'une conférence à Kampala, le 11 juin 2010, notamment par une définition du crime d'agression qui relève dorénavant de la compétence de la Cour (article 8^{bis})¹²⁹.

98. Il existe par ailleurs un grand nombre de traités présentant des définitions des notions reprises dans le Statut de Rome, ainsi que des crimes non moins importants de torture, d'esclavage et de piraterie¹³⁰. Les Principes fondamentaux et directives de 2005 consacrent l'expression de « violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international » (paragraphe 4). Les *Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction* de 2001 s'appliquent aux « gross human rights offences committed even in peacetime » (n° 1), en précisant que ces atteintes ne doivent pas être confinées à la définition du Statut de Rome et peuvent comprendre « certain other crimes that have major adverse economic, social or cultural consequences » (n° 3 et 4)¹³¹.

99. Une perception large des droits que le droit international entend protéger avec effet *erga omnes* apparaît dans le préambule de la résolution de Cracovie sur *Les obligations et les droits erga omnes en droit international*. Ces obligations ont pour but de préserver les « valeurs fondamentales de la communauté internationale », parmi lesquelles on trouve, à titre d'exemples, « l'interdiction des actes d'agression, la prohibition du génocide, les obligations concernant la protection des droits fondamentaux de la personne humaine, les obligations liées au droit à l'autodétermination et les obligations relatives à l'environnement des espaces communs ». On rappellera cependant que cette résolution ne porte pas sur les effets juridictionnels de ses obligations, dont elle n'entendait clarifier que « certains aspects ». Si tel avait été le cas, on aurait pu s'attendre à une définition plus restreinte du champ, à l'instar de celle retenue dans la résolution sur la compétence universelle pénale, adoptée lors de la même session.

100. Dans la perspective d'une résolution sur la compétence universelle civile, il semble préférable, à première vue, de s'en tenir au modèle de la résolution sur la compétence universelle pénale, cependant en l'actualisant eu égard aux textes internationaux plus récents. En tenant compte des compléments appropriés, relatifs notamment au crime de l'agression, on obtient un texte assez lourd, auquel il faudra encore

¹²⁹ Cf. Scharf, *op.cit.*, *Harvard International Law Journal*, 2012, pp. 358-389.

¹³⁰ Cf. Colangelo, *op.cit.*, *Virginia Journal of International Law*, 2006-07, pp. 186-198.

¹³¹ Cf. Kwakwa, *op.cit.*, *African Yearbook of International Law*, 2002, p. 411.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

ajouter l'observation que l'énumération des différentes catégories de violations d'obligations internationales n'est pas exhaustive. Une meilleure option consisterait à suivre le modèle des Principes fondamentaux et directives de 2005 et de se contenter de l'emploi de la notion de crime de droit international. Cependant, par souci de cohérence avec la terminologie utilisée dans les résolutions de Cracovie et de Naples, il apparaît préférable de se contenter de l'expression « crime international » (*international crime*) et de compléter celle-ci par la définition donnée dans le texte le plus récent, soit celui de la Résolution de Naples (article 1 paragraphe 1). Cette notion vise l'essentiel des actes dont la violation déclenche les effets d'une obligation *erga omnes* et notamment le droit à réparation. Qu'elle ait une connotation pénale est exact, mais pas décisif, compte tenu du contexte¹³². Elle présente par ailleurs l'avantage de ne pas être assortie d'une définition précise, de telle manière qu'elle peut accueillir progressivement la violation d'autres valeurs fondamentales pour la communauté internationale, dont la consécration par le droit international général n'est à présent pas encore certaine. Comme le souligne M. Gannagé, une certaine souplesse est indispensable. Une résolution sur la compétence universelle civile n'est pas le lieu pour aller plus loin ; tel est l'avis de la Commission quasi-unanime sur ce point. De l'avis (resté isolé) de Lady Fox, il conviendrait d'incorporer une définition dans le corps de la résolution, en référence aux notions du Statut de Rome. La suggestion illustre l'hésitation d'y adhérer : on trancherait alors négativement par rapport au terrorisme dont l'inclusion parmi les crimes internationaux est largement soutenue, sans être déjà confirmée. L'observation de M. Audit pour lequel il existe un « certain flou » s'agissant de la notion de travail forcé est judicieuse, mais là encore, les précisions utiles devront se dégager de la pratique internationale et judiciaire et non d'une résolution de l'Institut qui doit mettre l'accent sur l'une des conséquences des crimes et non sur leur contenu ; à ce propos, on notera qu'il s'agit surtout de questions de fait, étant donné qu'un travail forcé est souvent mais pas toujours constitutif d'un crime international. Enfin, est réservée l'analyse distincte des obligations dont les effets *erga omnes* requièrent un examen à part, s'agissant en particulier des obligations de droit international concernant : l'environnement¹³³, l'expérimentation médicale sur des humains non

¹³² Cf., sur cette question, arrêt du 26 février 2007 sur l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), C.I.J. Recueil, 2007, p. 43 ss, par. 159, 162, 166, 170, 179.

¹³³ Cf., par exemple, Douglas, *op.cit.*, *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection*, pp. 435-442 ; Kneer, *op.cit.*, *passim* ; Jaeger, *op.cit.*, *Berkeley Journal of International Law*, 2010, pp. 519-536 ; Geisser, *op.cit.*, *passim* ;

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

consentant¹³⁴, le droit à l'autodétermination¹³⁵ et la protection du patrimoine culturel des pays et de l'humanité¹³⁶.

2. *La dignité humaine*

101. On reconnaîtra cependant que la notion de crime international, ou toute autre notion plus élaborée, caractérise la nature des actes incriminés, étant à l'origine d'une violation du droit international. Elle ne contient pas une définition du bien protégé. Cela n'est pas indispensable dans la mesure où le droit international attache des conséquences juridiques aux actes illicites en tant que tels, que ce soit sous l'angle de la prévention ou de celui de la répression. La situation est différente s'il s'agit de déterminer les personnes ayant la qualité de victime et celle de créancier d'un droit de réparation. Ce complément doit porter sur la nature du bien juridique atteint, représentant la cause de la responsabilité. Sa définition ne peut dépendre du droit interne et viser, par exemple, les atteintes à l'intégrité corporelle et aux biens. Le préjudice consécutif à un crime international, qui déclenche un droit à réparation, relève également du droit international. A la gravité de l'acte constitutif d'un tel crime doit correspondre la gravité de l'atteinte aux victimes. Dans la perspective du droit international, cette atteinte affecte la dignité humaine. En ce sens, il est constaté dans le préambule des Principes fondamentaux et directives de 2005 que ces violations constituent, en raison de leur gravité, un « affront à la dignité humaine ».

102. Le droit de réparation que le droit international attache aux crimes qui en relèvent tend à compenser le préjudice subi par les personnes dans leur dignité. Il ne s'agit pas de réparer uniquement une atteinte à un bien personnel ou patrimonial, tel que défini par le droit interne. Pour produire les effets *erga omnes* en droit international, l'obligation de réparation

Ramsey, *op.cit.*, *Harvard International Law Journal*, 2009, pp. 271-321 ; Kulick, *op.cit.*, *passim*. Il est vrai que les atteintes les plus graves à l'environnement impliquent souvent des crimes à l'égard des populations locales, ce qui amène Mme Gaudemet-Tallon à suggérer une extension de la notion de crimes internationaux. Néanmoins, il est préférable de procéder en étapes et de se placer dans le contexte de cette notion telle qu'elle est généralement reconnue, quitte à élargir le débat aux atteintes à l'environnement à un stade ultérieur.

¹³⁴ Cf. Spielmann, *op.cit.*, *Rethinking International Law And Justice*, pp. 179-192.

¹³⁵ Cf. l'arrêt rendu dans l'*Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie)*, le 30 juin 1995, *C.I.J. Recueil*, 1995, p. 90 ss, par. 29, et l'avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *C.I.J. Recueil*, 2004, p. 136 ss, par. 88, 149, 155 s.

¹³⁶ Francioni, *op.cit.*, *RGDIP*, 2007, p. 40 ; Friche, *op.cit.*, pp. 102-106.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

incombant aux Etats a pour bénéficiaire l'individu porteur d'un droit individuel également reconnu par le droit international¹³⁷.

103. Si l'on se place à ce dernier niveau, le préjudice que l'on entend identifier doit se mesurer à la gravité de l'acte qui en est la cause. L'on ne doit pas utiliser des termes de portée large, qui seraient de nature à détourner le principe de la compétence universelle civile de son véritable objectif. Ainsi, l'on devrait viser une notion plus étroite que celle de « droit fondamental de la personne humaine », notion qui peut englober des droits fondamentaux revenant à toute personne, mais dont la mise en œuvre ne doit pas entraîner une compétence universelle, tel le droit de l'enfant à ce que son état civil soit enregistré et à ce qu'il puisse connaître son ascendance. Le droit fondamental qui est atteint par le crime sanctionné par le droit international doit être d'une gravité telle qu'il justifie le devoir de réparation *erga omnes* à la charge des Etats et répond ainsi à un intérêt reconnu par la communauté internationale.

104. Dans sa Résolution de Santiago de 2007, l'Institut a proclamé que : « Le droit international consacre le droit à la protection de la vie humaine et de la dignité humaine contre le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. » La constatation de l'existence d'un tel droit de la part de l'Institut n'était pas nouvelle. En effet, dans sa Résolution de Santiago-de-Compostelle de 1989, l'Institut a constaté que « Les droits de l'homme sont l'expression directe de la dignité de la personne humaine. » Dans la Résolution de Bruges de 2003, il est déclaré que le fait de laisser les victimes de catastrophes sans assistance humanitaire constitue une « menace à la vie et une atteinte à la dignité humaine ». L'expression de « dignité humaine » (*human dignity*) prend de plus en plus d'ampleur en tant que concept de portée générale en droit des gens¹³⁸ ; on lui associe parfois l'idée de retenir l'humanité en tant que sujet représentant la collectivité en droit international¹³⁹. La dignité humaine occupe une place centrale tant dans le Pacte international (II) relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 10 paragraphe 1) que dans la Charte africaine des droits de l'homme (article 5)¹⁴⁰. Il conviendra ainsi d'en tenir compte dans la définition du champ de la compétence

¹³⁷ C'est en ce sens que l'on utilise dans ce contexte le terme « victime », qui comprend les ayants droit mais encore d'autres personnes concernées. Il est dès lors préférable de ne pas mentionner les ayants droit explicitement, comme le propose M. Audit.

¹³⁸ Cf. Reismann, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 351 (2010), pp. 9-381.

¹³⁹ Cf. Cançado Trindade, *op.cit.*, *Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, pp. 157-173.

¹⁴⁰ Cf. l'arrêt rendu le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *C.I.J. Recueil*, 2010, p. 639 ss, par. 87.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

universelle civile et de se référer aux crimes internationaux ayant affecté ou porté atteinte à la dignité humaine.

E. Une obligation *erga omnes*

1. Les droits et obligations de tous les Etats

105. Il n'y a pas lieu de reprendre ici le vaste débat sur le concept d'obligation *erga omnes*. On ne retracera pas ses origines, remontant à l'arrêt *Barcelona Traction*¹⁴¹, comme on ne s'engagera pas dans une analyse de ses multiples effets. Qu'il suffise de rappeler l'importance cruciale pour le droit des gens. La vision d'obligations incombant à chaque Etat et créant des droits correspondants envers la communauté internationale, respectivement l'ensemble des Etats, autorisant chacun de ceux-ci à en exiger le respect, se place en travers de la perception historique et traditionnelle des relations entre Etats, purement réciproques et bilatérales. On s'en tiendra à la définition adoptée par l'Institut, pour ce qui concerne le droit international général, dans sa Résolution de Cracovie (2005) sur *Les obligations et les droits erga omnes en droit international* :

« une obligation relevant du droit international général à laquelle un Etat est tenu en toutes circonstances envers la communauté internationale, en raison de ses valeurs communes et de son intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous les Etats à réagir » (article 1, lettre a).

106. Une obligation *erga omnes* à la charge d'un Etat correspond à un droit des autres Etats à en exiger le respect, individuellement ou collectivement¹⁴². Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a observé par rapport à des obligations *erga omnes partes*, « quelle que soit l'affaire, chaque Etat partie a un intérêt à ce qu'elles soient

¹⁴¹ *Belgique c. Espagne*, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil*, 1970, p. 30 ss, par. 33 s. Cf. Villalpando, *op.cit.*, *Liber Amicorum Raymond Ranjeva*, pp. 623-637; Tams, *op.cit.*, pp. 99-197.

¹⁴² Le terme de « communauté internationale », généralement utilisé dans ce contexte, ne va pas plus loin que de désigner les Etats en tant que titulaires de droits leur revenant à tous. L'ambiguïté du terme doit cependant être notée également, ce qui laisse entrevoir des perspectives futures de droits collectifs distincts des droits individuels. Cette vision est sous-jacente à la notion de responsabilité collective telle qu'elle est apparue dans des déclarations solennelles récentes, tout en restant dans l'attente d'être pourvue d'un contenu substantiel (paragraphe 2 de la Déclaration du Millénaire du 8 septembre 2000, A/RES/55/2, et le paragraphe 138 du Document final du Sommet mondial de 2005, A/RES/60/1). Cf., pour la discussion, Tomuschat, *op.cit.*, *Festschrift für Eckart Klein*, p. 930 s. ; Hernández, *op.cit.*, *BYIL*, 2012, pp. 13-60.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

respectées »¹⁴³. Point n'est-il besoin de disposer, pour ce faire, d'un intérêt particulier qui distinguerait l'Etat requérant des autres Etats¹⁴⁴. Outre la jurisprudence de la Cour, les Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite offrent un fondement solide à cette nouvelle conception d'une partie des droits et obligations de droit international. En effet, les obligations résultant pour un Etat responsable d'un fait internationalement illicite peuvent être dues à un autre Etat, à plusieurs Etats « ou à la communauté internationale dans son ensemble » (article 33, paragraphe 1). Dans ce dernier cas, l'obligation peut être invoquée par un Etat autre que l'Etat lésé (article 48 paragraphe 1). L'obligation est donc due à tous les Etats, mais le droit de l'invoquer appartient à chaque Etat comme son droit propre. En sus de cette définition des obligations *erga omnes*, ces *Articles* attribuent également des effets *erga omnes* à la violation grave par l'Etat d'une « obligation découlant d'une norme impérative du droit international général » (article 40 paragraphe 2), sans indiquer, cependant, que ces deux définitions peuvent couvrir, en partie tout au moins, les mêmes obligations¹⁴⁵.

107. Ces « droits *erga omnes* » ne sont cependant pas seuls. Il est certes admis que chaque Etat est ainsi autorisé à réagir aux torts commis ou en cours dans un autre Etat. La question est de savoir si ces droits ne représentent pas, en plus, des obligations à la charge des Etats d'intervenir afin de remédier à une situation comportant une violation grave des droits de l'homme ou du droit humanitaire. Il semble difficile de fournir une réponse de portée générale à cette question¹⁴⁶. Car l'Etat qui interviendrait activement afin d'obtenir la cessation d'atrocités commises par un autre Etat devra cibler son action en fonction d'autres obligations lui incombant en vertu du droit international, tels les principes de souveraineté et de non-intervention. Le débat au sein de l'Institut relatif à l'intervention humanitaire en dit long des difficultés de la matière.¹⁴⁷

108. On relèvera tout d'abord que l'Institut, dans sa Résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle de 1989 sur *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*, avait proclamé que le respect des droits de l'homme en tant qu'expression

¹⁴³ Arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, C.I.J. Recueil, 2012, p. 422 ss, par. 68.

¹⁴⁴ *ibid.*, par. 66-70.

¹⁴⁵ Cf., sur cette distinction, Picone, *op.cit.*, pp. 534-536, 575-592.

¹⁴⁶ Cf. Tomuschat, *op.cit.*, *Festschrift für Eckart Klein*, pp. 931-937.

¹⁴⁷ Cf. la Résolution de Santiago de 2007 sur les *Problèmes actuels du recours à la force en droit international – Actions humanitaires*.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

de la dignité humaine constitue une obligation *erga omnes* qui correspond à un intérêt juridique de tout Etat à la protection des droits de l'homme et qui « implique au surplus un *devoir de solidarité* entre tous les Etats en vue d'assurer le plus rapidement possible une protection universelle et efficace des droits de l'homme » (article 1). Ainsi, confronté aux actes graves perpétrés envers la population dans un Etat, on ne saurait se contenter de dire que les Etats voisins disposent d'un droit discrétionnaire d'exiger le respect des obligations *erga omnes* de la part de l'Etat responsable, sans ajouter que ces Etats ont un devoir, individuel et collectif, à entreprendre des actions servant à atteindre ce même objectif¹⁴⁸. Le devoir de solidarité entraîne des *obligations d'assistance* (*obligations to facilitate and support*). Dans le récent débat de l'Institut lors de sa session de Tokyo, l'expression *responsabilité de protéger* (*responsibility to protect*) a été utilisée¹⁴⁹. Le principe semble évident, mais son existence sous forme d'obligations de droit international soulève des interrogations.

109. A titre d'illustration, on se contentera d'autres comportements qui répondent plus clairement à une *obligation née à la charge des Etats en réaction à une violation grave d'une obligation erga omnes par un autre Etat*. L'une d'elle consiste à « ne pas reconnaître comme licite une situation créée par cette violation »¹⁵⁰. Elle est complétée par celle de « coopérer, pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave » de cette nature¹⁵¹. De façon quelque peu plus incisive est l'obligation de « veiller à ce qu'il soit mis fin aux entraves », que la Cour a cependant assortie de la précaution qu'elle doit être observée « dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international », ce qui rend l'énoncé de la position bien ambigu¹⁵². La violation d'une obligation *erga omnes* de ne pas commettre des crimes internationaux peut donc

¹⁴⁸ Cf., sur ce point, l'approbation par le rapporteur Gaja, s'agissant de la préparation de la Résolution de Cracovie (qui ne rappelle cependant pas ce passage de la Résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle), dans son « First Report » et dans son « Second Report », *Annuaire*, tome 71 (2005), I, pp. 150, 199-202 ; de même, Gaja, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 126. En ce sens également Schindler, *op.cit.*, *Festschrift Bernhardt*, p. 204.

¹⁴⁹ Ce notamment dans le rapport complémentaire du Secrétaire général et dans la délibération qui s'en est suivie : *Annuaire*, tome 75 (2013), p. 12 s., 36.

¹⁵⁰ Art. 5, lit. b), de la Résolution de Cracovie ; de même, l'art. 41 par. 2 des Articles de 2002 sur la responsabilité des Etats.

¹⁵¹ Art. 41 par. 1 des Articles sur la responsabilité des Etats ; de même, l'art. 5, lettre a), de la Résolution de Cracovie, précisant que ces moyens licites sont ceux conformes à la Charte des Nations Unies.

¹⁵² Avis consultatif du 9 juillet 2004 relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. *Recueil*, 2004, p. 136 ss, par. 159.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

entraîner la naissance d'obligations de réaction et de comportement à la charge des autres Etats. Leur ampleur est incertaine, mais ce n'est pas le débat qu'il convient d'approfondir ici¹⁵³, sauf à souhaiter qu'il ait lieu, compte tenu d'une perspective d'un nombre croissant d'interventions justifiées par le respect d'obligations *erga omnes*, sans nécessairement faire appel au mode décisionnel propre aux Nations Unies¹⁵⁴.

110. La question qui se pose est de savoir si l'obligation de l'Etat auteur de tels crimes d'assurer le *droit de réparation des victimes*, ainsi que celui de la restitution de leurs droits et d'autres mesures de satisfaction, s'articule à la charge de cet Etat exclusivement, ou s'il ne prend pas la forme d'une obligation qui incombe encore, en tout ou en partie, à d'autres Etats. Au regard du principe, rien ne s'oppose à une telle extension.

111. Certes, l'Etat responsable des violations commises porte la responsabilité de l'indemnisation des victimes. En cas de défaut de paiement, les autres Etats n'ont pas à s'y substituer. Le droit international ne connaît pas une telle règle, qui ressemble à une garantie pour des prestations dues par l'Etat responsable.

112. En revanche, ces Etats ne doivent pas poser des obstacles à l'exécution de l'obligation de réparation ; en ce sens, ils sont également liés par celle-ci. Ainsi, la responsabilité internationale d'un Etat serait engagée s'il empêchait sans motif légitime la fourniture sur le territoire de l'Etat où des actes graves de génocide, de torture ou d'agressions ont eu lieu, du matériel médical nécessaire au rétablissement de la santé des victimes ayant survécu. De même, l'obligation de droit international de garantir l'indemnisation des victimes concerne un Etat autre que l'Etat responsable également dans la mesure où, par hypothèse, il ne doit pas empêcher le transfert des fonds placés dans ses banques vers l'Etat qui ne pourrait pas, autrement, répondre de ses devoirs envers les victimes¹⁵⁵. On reconnaîtra ainsi que certains aspects du devoir de garantir la réparation aux victimes peuvent concerner directement les Etats autres que le seul Etat responsable des crimes commis.

113. En effet, ledit principe de réparation serait privé de l'essentiel de ses effets si l'Etat responsable s'y oppose, adopte une position passive ou se

¹⁵³ Cf., parmi d'autres, Tomuschat, *op.cit.*, *Festschrift für Eckart Klein*, pp. 933 s., 937.

¹⁵⁴ Cf., en dernier lieu, s'agissant de la guerre contre l'« Etat islamique », Picone, *op.cit.*, *RDI*, 2015, pp. 15-27.

¹⁵⁵ Certes, ainsi que l'observe M. Bogdan, d'autres créanciers, notamment en matière d'aliments, devraient également bénéficier de telles facilités. La situation à leur égard est cependant différente, puisque, dans de tels cas, il n'y a pas d'obligation *erga omnes* en jeu.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

trouve dans l'incapacité d'y répondre. Le « devoir de solidarité » auquel fait appel la Résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle de 1989 entre alors en jeu¹⁵⁶. Les Etats doivent contribuer, dans la mesure de l'étendue de ce devoir et de leurs moyens, à la mise en œuvre du droit à réparation des victimes¹⁵⁷. Encore faudra-t-il savoir quels Etats sont plus spécialement désignés pour remplir cette tâche.

2. *Les Etats spécialement concernés par une obligation d'assistance*

114. A ce stade, il convient de distinguer entre l'intérêt *collectif* au principe de la réparation des victimes¹⁵⁸, d'une part, et l'intérêt *particulier* d'un Etat à l'assumer en tout ou en partie, d'autre part. Un Etat qui entend agir afin d'obtenir le respect d'une obligation *erga omnes* de la part d'un autre Etat ne doit pas invoquer un intérêt particulier pour ce faire. L'intérêt général à la base de l'obligation suffit. Cependant, lorsqu'une action positive est exigée, telle une prestation en restitution ou en réparation, et non simplement la cessation d'une activité illicite, l'intérêt pour la réclamer peut être inégalement réparti : certains Etats « éloignés » du conflit peuvent ne pas disposer d'un intérêt individuel ; ils réagissent alors sur la seule base de l'intérêt collectif résultant de leur appartenance à la communauté internationale. Leur intervention a lieu, dans les termes de l'article 48, paragraphe 2, lettre b, des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, « dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée ». Ces bénéficiaires peuvent être des personnes morales ou physiques, mais sans disposer directement d'un droit individuel¹⁵⁹. De manière similaire, suivant la Résolution de l'Institut de Cracovie, l'Etat qui n'est pas spécialement atteint par la violation peut exiger de l'Etat responsable,

¹⁵⁶ Ainsi, le Comité contre la torture a relevé, dans son Observation générale n° 3 du 13 décembre 2012, que l'effort des Etats parties à la Convention de 1984 ayant offert un recours civil aux victimes était particulièrement important lorsque la victime n'est pas en mesure d'exercer les droits garantis par l'art. 14 sur le territoire où la violation a été commise ; cette disposition exige en effet de tous les Etats d'assurer aux victimes l'accès à la justice (CAT/C/GC/3, par. 22).

¹⁵⁷ Un principe dont on avait souhaité que la Cour suprême des Etats-Unis en tienne compte dans l'affaire *Kiobel* ; cf. Steinhardt, *op.cit.*, *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 1712-1716.

¹⁵⁸ Qui peut prendre forme, en particulier, à travers les Nations Unies, ainsi que les Etats l'ont reconnu lors du Sommet mondial de 2005, déclarant qu'il incombe à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens appropriés, conformément à la Charte, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité (par. 139, A/RES/60/1).

¹⁵⁹ Crawford, *op.cit.*, *Les articles de la C.D.I.*, p. 251 s., 333 s. ; Gaja, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 108.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

outre la cessation du fait internationalement illicite (article 2 lettre a), « l'exécution de l'obligation de réparation dans l'intérêt de l'Etat, de l'entité ou de l'individu qui est spécialement atteint par la violation » (lettre b).

115. Tandis que l'Institut propose de distinguer les Etats « spécialement atteints par la violation » de ceux qui ne le sont pas, les articles sur la responsabilité de l'Etat créent également deux catégories, cependant définies autrement, l'une comprenant les « Etats lésés » et l'autre les « Etats autres que l'Etat lésé », ceux-ci agissant alors dans l'intérêt des premiers et d'autres lésés. On notera néanmoins que malgré les différences de rédaction, l'idée sous-jacente aux deux textes est fondamentalement la même : l'obligation *erga omnes* crée un droit d'exiger le respect pour tous les Etats, mais son exécution ne peut être exigée qu'en faveur des bénéficiaires ayant subi un préjudice. L'Etat spécialement atteint par la violation dispose ainsi d'une certaine priorité à prendre une initiative, et lorsqu'il décide d'agir, son action absorbe celle, potentielle, des autres Etats ; cela signifie, en fait, que l'action des autres Etats doit rester, en quelque sorte, « en attente » de l'intervention prioritaire de l'Etat lésé¹⁶⁰.

116. Cette répartition des rôles doit nécessairement inspirer celle à retenir lorsque l'on se demande quel Etat autre que l'Etat responsable doit intervenir afin d'assurer aux victimes la réparation du préjudice qui leur est due. S'agissant du devoir de réparation à l'égard des victimes, on ne peut évidemment pas reprocher à un Etat d'autoriser ses tribunaux à réprimer, au pénal et au civil, un comportement que le droit international interdit et dont il commande la répression¹⁶¹. En revanche, on doit admettre que cette répression doit être répartie entre les Etats afin qu'elle soit effective et efficace et qu'elle s'intègre au mieux dans les relations que les Etats entretiennent par ailleurs entre eux¹⁶². Un Etat peut adopter une attitude plus restrictive et ne pas vouloir être saisi de litiges entamés par des victimes étrangères contre des auteurs étrangers ayant commis des crimes à l'étranger. Cependant, cela ne signifie pas qu'un Etat adoptant une approche plus favorable à la répression se heurterait au droit international, étant donné que celui-ci commande précisément que cette répression se fasse. Ce qui compte, en définitive, au regard du droit

¹⁶⁰ Cf. Picone, *op.cit.*, pp. 683, 715.

¹⁶¹ Cf. Leval, *op.cit.*, *Yale Journal of International Law*, 2013, p. 250.

¹⁶² « L'un des défis du droit international contemporain est d'assurer la stabilité des relations internationales et l'efficacité des rapports internationaux tout en garantissant le respect des droits de l'homme. » – Opinion individuelle commune des Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, jointe à l'arrêt *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)* du 11 avril 2000, *C.I.J. Recueil*, 2002, p. 63 ss, par. 5.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

international, est que le crime soit suivi de répression et de réparation à l'égard des victimes. Que cela nécessite une certaine répartition des rôles entre les Etats importe peu, pourvu que les suites à donner au crime le soient réellement.

117. En effet, s'agissant de ce dernier point, une telle répartition des rôles entre Etats ne doit pas se solder, dans un cas particulier, par une situation dans laquelle aucun Etat ne se manifeste pour assumer l'obligation de droit international de garantir l'indemnisation des victimes. Dès lors, à supposer qu'aucun Etat plus particulièrement concerné en raison de ses intérêts ne réponde à son devoir de droit international, tout autre Etat, en soi non directement concerné, est dans l'obligation de faire en sorte que le droit des victimes à réparation ne soit pas vidé de son contenu. Ce devoir présente un caractère subsidiaire, voire de dernier recours (*last resort*), certes, mais il s'agit d'une obligation pleine et entière, sous la réserve que son exécution est prioritairement répartie à la charge des Etats auxquels on reconnaît un intérêt légitime pour ce faire.

3. *La comparaison avec la compétence universelle pénale*

118. Cette articulation des obligations des Etats à réparer le préjudice des victimes est comparable à celle que l'on observe en matière *pénale* internationale. On y trouve, à la base, l'obligation de s'abstenir de tout acte ou omission susceptible de causer un crime de droit international, tels les crimes de guerre, de génocide, de torture ou de disparition forcée. Cette obligation se place en amont de l'obligation de tous les Etats de poursuivre de telles infractions, soit devant leurs propres juridictions, soit à travers une extradition ou la remise à un autre Etat ou à une juridiction pénale internationale. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice, dans son arrêt rendu le 11 juillet 1996 dans l'affaire *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* relève, d'une part, que « les droits et obligations consacrées par la convention sont des droits et obligations *erga omnes* » et, d'autre part, que « l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention »¹⁶³. Dans l'arrêt subséquent du 26 février 2007 (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), il fut rappelé que l'obligation de prévenir la perpétration du crime de génocide s'impose « à tout Etat partie ayant, dans une situation donnée, les moyens de contribuer à réfréner dans une quelconque mesure la commission d'un

¹⁶³ *C.I.J. Recueil*, 1996, p. 595 ss, par. 31

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

crime »¹⁶⁴. L'obligation présente donc deux volets : un Etat a un intérêt protégé juridiquement à exiger de tout autre Etat le respect de la prohibition de tout acte de génocide ; il a cependant également l'obligation d'y contribuer par ses propres moyens de prévention.

119. Or, à ces moyens s'ajoutent nécessairement les moyens de répression, qui peuvent comprendre l'exercice d'une compétence pénale extraterritoriale. Cette obligation est rappelée dans le préambule du Statut de Rome, constatant « qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ». De même, selon la Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, chaque partie contractante a l'obligation de rechercher les auteurs de telles infractions graves « et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité » (article 146 paragraphe 2). Certes, cette compétence est dite universelle, mais elle ne l'est pas complètement, puisque la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat assumant sa juridiction est exigée, ainsi que le rappelle par ailleurs la Résolution de Cracovie de l'Institut sur *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* (article 3, lettre b). De même, d'après la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, tout Etat sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis des actes de torture doit en assurer la détention (article 6) et, s'il ne procède pas à une extradition, soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale (article 7 paragraphe 1).

120. On peut donc reconnaître dans la présence de l'auteur du crime l'intérêt juridiquement valorisé de l'Etat concerné à exercer sa compétence, qui n'est dès lors pas une simple compétence « par défaut »¹⁶⁵. Cet intérêt, cependant, ne doit pas se confondre à un intérêt

¹⁶⁴ Arrêt sur l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), C.I.J. Recueil, 2007, p. 43 ss, par. 461.

¹⁶⁵ Terme employé par le Juge Guillaume dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu le 14 février 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* du 14 février 2002, C.I.J. Recueil, 2002, p. 35 ss, par. 9, 12, 16 s., pour lequel l'Etat exerce une « compétence universelle subsidiaire » lorsqu'il juge l'auteur de l'infraction se trouvant sur son territoire (par. 7, 16). En ce sens également Yee, *op.cit.*, *Chinese Journal of International Law*, 2011, pp. 524, 530, rappelant que le concept de compétence universelle est fondé sur le « universal concern character of the crime in issue » (529), sans s'étendre cependant vers une « pure universal concern jurisdiction », tout au moins si l'on fait abstraction de l'exigence de la présence de la personne accusée d'un tel crime (530).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

lié exclusivement à cet Etat ; il doit comprendre la dimension universelle du « devoir de solidarité » liant l'ensemble des Etats¹⁶⁶. Il peut donc toucher à un rayon d'objectifs qui va au-delà du seul intérêt d'un Etat. A l'extrême, il peut englober une compétence universelle qui s'exerce sans attache de la situation avec l'Etat saisi¹⁶⁷.

121. L'exemple classique est celui de la *piraterie*, pour laquelle la Convention sur le droit de la mer, dite de *Montego Bay*, du 10 mars 1988, prévoit qu'un Etat peut saisir un navire ou un aéronef (pirate ou en mains de pirates), sa cargaison et ses occupants en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat, puis se prononcer sur les peines à infliger (article 105)¹⁶⁸. On peut certes reléguer ce cas parmi les exceptions. Sa pertinence va cependant plus loin : cette compétence universelle est admise puisqu'à défaut, il n'en existerait aucune autre. Elle l'emporte sur l'impunité qui se produirait si aucun Etat ne pouvait intervenir en l'absence de liens d'une certaine importance avec son territoire ou les eaux adjacentes¹⁶⁹. Cela explique les appels de coopération adressés aux Etats afin de déterminer les juridictions prêtes à exercer effectivement leur compétence¹⁷⁰.

122. De même, en reprenant l'exemple cité de la torture, la Cour a observé qu'en établissant la compétence de leurs tribunaux pour connaître des crimes de torture, « les Etats parties garantissent l'intervention de leur

¹⁶⁶ Cf. De Schutter, *op.cit.*, *AFDI*, 2006, p. 96 s.

¹⁶⁷ Etant donné que cela peut être source de conflits entre plusieurs Etats réclamant leur compétence pour traduire l'auteur de crimes en justice, « some coordination would be necessary », Tomuschat, *op.cit.*, *Annuaire*, tome 71 (2005), I, p. 257.

¹⁶⁸ Cette disposition est devenue une règle de subsidiarité à l'art. 5 de la loi française n° 2011-13 du 5 janvier 2011 (*Journal officiel de la République française*, n° 0004 du 6 janvier 2011), puisque la compétence française n'est exercée qu'à défaut d'entente avec les autorités d'un autre Etat susceptible de retenir sa compétence juridictionnelle.

¹⁶⁹ « In order to achieve repression which would otherwise not be obtained, universal jurisdiction may be exercised by States even if they have no connection with the crime, provided that international human rights law is respected, in particular with regard to the right to a fair trial. », Gaja, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 364 (2012), p. 157. Cependant, on a également remarqué que l'absence de lien avec l'Etat admettant sa juridiction universelle peut néanmoins avoir pour effet de faire échapper le pirate poursuivi au domaine d'application, *ratione materiae et personae*, du droit pénal de cet Etat ; cf. Ademuni-Odeke, *op.cit.*, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 314 s.

¹⁷⁰ Cf. la Résolution du Conseil de sécurité du 22 novembre 2011, par. 14 (S/RES/2020[2011]) ; Rapport du Conseiller spécial du Secrétaire général des Nations Unies, relevant le fait que l'exercice des compétences prévues en droit international « ne doit pas être instrumentalisé aux fins de n'engager aucune poursuite » (S/2011/30, par. 49) ; Treves, *op.cit.*, *Modern Piracy, Legal Challenges and Responses*, pp. 131-139. Cela reflète une inquiétude exprimée par l'Institut dans sa *Déclaration de Naples sur la piraterie* (2009).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité »¹⁷¹. Il a également été expliqué que la revendication d'une compétence universelle n'avait pas de place en droit international, mais en précisant que cela manquait de sens dans un réseau dense de conventions répartissant les compétences pénales de manière à assurer la répression universelle, les auteurs d'infractions ne pouvant trouver refuge sur le territoire d'aucun Etat¹⁷². De manière similaire, l'obligation d'un Etat de traduire devant ses tribunaux les auteurs d'un génocide s'applique uniquement aux actes commis sur son territoire, mais cette obligation est complétée par celle de « coopérer avec la cour criminelle internationale »¹⁷³. L'idée était d'assurer la couverture universelle de la répression. Elle ne l'est cependant pas complètement, raison pour laquelle la pratique des Etats a évolué pour accepter la juridiction par rapport à des actes de génocide commis dans d'autres pays, afin d'éviter que de tels actes restent sans sanction¹⁷⁴.

123. On rappellera dans ce contexte l'exemple de l'Espagne et de la Belgique, qui ont été amenées à revoir leur champ d'intervention après s'être heurtées à des réactions hostiles de divers pays s'opposant à un interventionnisme trop expansif¹⁷⁵. D'autres réglementations nationales de la compétence universelle pénale, telles celles de la France¹⁷⁶ et de la Corée du Sud¹⁷⁷, s'inspirent de la même idée. On assiste ainsi à une certaine migration de la délimitation du champ de la compétence universelle vers le droit national, ce qui limite progressivement l'importance du concept en droit des gens, sans le faire disparaître pour autant¹⁷⁸. Bien que la compétence universelle permette un jugement dans des cas sans lien avec le for, un grand nombre d'Etats posent, en effet, en leur droit national, une condition sous forme d'un lien de compétence personnelle, fondé sur la présence de l'accusé, sans oublier l'influence

¹⁷¹ Arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, C.I.J. Recueil, 2012, p. 422 ss, par. 75.

¹⁷² Opinion individuelle du Juge Guillaume jointe à l'arrêt rendu le 14 février 2002 dans l'*Affaire du mandat d'arrêt*, C.I.J. Recueil, 2002, p. 35 ss, par. 9.

¹⁷³ Art. VI de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime du génocide. Cf. Arrêt du 26 février 2007 sur l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, C.I.J. Recueil, 2007, p. 4 ss, par. 442.

¹⁷⁴ Cf. Björn Schiffbauer, in Tams et al., *op.cit.*, pP 252-259.

¹⁷⁵ Cf. notamment, Ondo, *op.cit.*, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2011, p. 115.

¹⁷⁶ Cf. Cour européenne des droits de l'homme, décision du 17 mars 2009, *Ould Dah c. France*, n° 13113/03.

¹⁷⁷ Cf. la note de Seokwoo Lee et Young Kil Park, *AJIL*, 2012, pp. 630-636.

¹⁷⁸ Cf. Lagerwall, *op.cit.*, *AFDI*, 2009, pp. 743-763.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

des facteurs politiques¹⁷⁹. C'est la conséquence d'un système attribuant l'exercice de la compétence internationale aux Etats et, de ce fait, le place dans une relation interétatique¹⁸⁰.

124. Il se confirme ainsi qu'il existe un lien de cause à effet entre les règles de compétence retenues par les Etats et le recours nécessaire à une compétence universelle : dans la mesure où de telles règles existent et permettent de répartir judicieusement le pouvoir juridictionnel respectif des Etats, il n'y a pas de lacune juridictionnelle qui pourrait justifier une compétence universelle. Celle-ci est pertinente lorsque cette condition n'est pas remplie¹⁸¹. Inversement, la compétence universelle, admise même lorsqu'il n'existe aucun lien de rattachement entre le crime allégué et l'Etat du for, doit être considérée comme une réponse à une obligation de droit international d'éviter l'impunité si aucun autre Etat n'est susceptible de s'y intéresser¹⁸². Celle-ci n'est pas acceptable si elle résulte d'un vide juridictionnel causé par l'omission des Etats à se conformer à leur devoir d'assurer la répression.

125. La réponse est la même lorsqu'un Etat commet des atrocités envers ses propres citoyens, de telle sorte qu'il n'existe aucun autre Etat représentant un véritable intérêt propre à réprimer les crimes commis. Pourtant, à commencer par le procès de Nuremberg, il est bien établi que les Etats ne peuvent rester passifs et doivent réagir par la répression à de tels comportements. Leur intérêt s'amplifie au regard de leurs responsabilités de droit international¹⁸³. L'intérêt de la communauté internationale est également l'intérêt de chaque Etat. Si un tel intérêt est considéré comme étant requis pour rendre l'action de cet Etat obligatoire, il est bien réel sous la forme de l'intérêt collectif qui est le sien autant que celui des autres Etats. En revanche, lorsqu'il s'agit de la répartition des interventions potentielles de divers Etats, les nécessités de la coopération et de l'effectivité commandent qu'une certaine priorité soit accordée aux

¹⁷⁹ Langer, *op.cit.*, *AJIL*, 2011, pp. 1-49.

¹⁸⁰ Cf. Ludwiczak, *op.cit.*, pp. 339-354.

¹⁸¹ Dans les termes du rapporteur Christian Tomuschat : « The Draft Resolution was based on the general proposition that universal jurisdiction was a complementary or default form of jurisdiction to be exercised in the case where States that had a significant link with the perpetrator were unwilling or unable to prosecute. », *Annuaire*, tome 71 (2006), II, p. 206 s.

¹⁸² C'est ce point que l'on ne trouve pas dans l'opinion individuelle du Juge Abraham à l'arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 471 ss. Il en va de même de la contribution de Yee, *op.cit.*, *Chinese Journal of International Law*, 2011, pp. 503-530, qui insiste sur les enjeux politiques de la compétence universelle et l'absence correspondante de la mise en pratique en droit positif.

¹⁸³ Leval, *op.cit.*, *Yale Journal of International Law*, 2013, p. 237.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Etats représentants des intérêts particuliers propres, à condition toujours que l'obligation de répression soit réellement mise en œuvre ; à défaut, tout Etat est concerné par son devoir collectif d'agir à cet effet. En d'autres termes, la compétence universelle est soumise à conditions et est dès lors *complémentaire*¹⁸⁴.

126. Au devoir de la répression pénale correspond, en matière civile, le devoir de réparation. Comme la répression des crimes de droit international est une obligation *erga omnes* des Etats, le devoir d'assurer la réparation du préjudice causé aux victimes s'affirme avec la même dimension collective. A l'exercice de la juridiction pénale correspond l'accès à la juridiction civile. En matière civile également, une répartition des rôles par rapport aux Etats plus particulièrement concernés doit être trouvée. Elle doit l'être sous réserve d'une compétence universelle subsidiaire ou de dernier recours, qui permet d'éviter que le préjudice des victimes soit dépourvu de réparation. Il convient donc d'examiner de plus près la question de l'accès à la justice.

IV. Le droit d'accès à la justice

A. La consécration en droit international

127. L'accès à la justice constitue un moyen pour parvenir à l'indemnisation des victimes. Le droit fondamental à une réparation appropriée en assure le contenu, mais il doit aussi fournir le procédé permettant aux victimes d'y accéder. La distinction est faite dans les Principes fondamentaux et directives de 2005. En effet, les garanties de recours prévues par le droit international en faveur des victimes

¹⁸⁴ Ainsi que l'explique la Commission internationale d'enquête sur le Darfour dans son rapport du 18 septembre 2004 (UN S/2005/60, par. 610-615), la règle de droit coutumier permettant d'invoquer la compétence universelle est placée dans le contexte des principes généraux retenus actuellement par la communauté internationale. Elle subordonne l'exercice de cette compétence à la condition de la présence de la personne soupçonnée ou accusée d'un crime de droit international sur le territoire de l'Etat qui entend exercer des poursuites. Elle suppose également que l'Etat sur le territoire duquel il est allégué que le crime a été commis et celui dont le suspect ou l'inculpé est ressortissant refusent de demander l'extradition de cette personne ou n'ont manifestement pas la volonté ou la capacité de la poursuivre (ce qui était le cas du Soudan). De manière similaire, le Comité international de la Croix-Rouge observe dans son rapport à l'attention du Secrétaire général que, dans les situations où les Etats ne peuvent ou ne veulent pas engager des poursuites contre des personnes se trouvant sur leur territoire ou relevant de leur compétence et que les juridictions internationales ne sont pas compétentes, « la mise en œuvre de la compétence universelle s'avère un moyen efficace d'assurer la punition des coupables et de lutter contre l'impunité » (*Portée et application du principe de la compétence universelle, Rapport du Secrétaire général* du 23 juillet 2014, A/69/174, par. 77).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

comprennent un « accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité », en plus d'une « réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi » (paragraphe 11)¹⁸⁵. Comme le droit à réparation lui-même, l'accès à la justice constitue une obligation *erga omnes* incombant aux Etats¹⁸⁶. Il est vrai que l'effet juridique à l'égard de tous les Etats pris collectivement n'apparaît pas de manière évidente dans ces Principes. Il est même difficile de l'y trouver exprimé implicitement, dans les termes du préambule, proclamant que la communauté internationale entend ainsi affirmer sa « solidarité humaine ». Cela s'explique en partie par le fait que la plupart des obligations de droit international consacrées dans ces Principes supposent des efforts de transposition en droit interne, accomplis par chaque Etat individuellement. On y trouve cependant, en matière pénale, l'obligation de coopération entre les Etats (paragraphe 4) et celle d'instaurer « la juridiction universelle » (paragraphe 5). On constate également que l'obligation d'assurer aux victimes l'accès effectif à la justice n'est pas adressée à un Etat déterminé par rapport au cas particulier, en fonction des liens avec l'Etat du for, par exemple (paragraphe 3, lettre C), paragraphes 11 et 12)¹⁸⁷.

128. L'Etat dont les juridictions peuvent être saisies n'est donc pas nécessairement l'Etat auteur des actes ou omissions incriminés ou l'Etat dont relèvent la ou les personnes (physiques ou morales) responsables. C'est pour cette raison qu'il est également prévu que, dans un tel cas, ce dernier Etat doit assurer l'exécution des « décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères » (paragraphe 17). Cette hypothèse est celle d'un jugement prononcé dans un Etat autre que l'Etat responsable. Cependant, si, dans l'abstrait, tout Etat est concerné, il n'est véritablement visé par l'obligation de fournir l'accès à ses tribunaux qu'à la condition qu'il puisse garantir un accès à un recours judiciaire « effectif » (paragraphe 11, lettre a) et « utile » (paragraphe 12). Le cercle des Etats qui doivent positivement répondre à ladite obligation est donc plus restreint que l'ensemble des Etats formant la communauté internationale.

¹⁸⁵ Aux lettres a) et b), le paragraphe 11 ajoute encore une lettre c) consacrant un « accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation ».

¹⁸⁶ Tout au moins dans les hypothèses dans lesquelles aucun autre mécanisme d'indemnisation n'a été mis sur pied.

¹⁸⁷ Ainsi que l'a proclamé une Résolution récente de l'*International Law Association* sur la réparation pour les victimes de conflits armés : « Les victimes ont un droit d'accès à un mécanisme effectif pour demander réparation. » : 76^{ème} Conférence à Washington D.C., août 2014. Pour les travaux y relatifs, cf. *ILA Report Sofia 2012*, pp. 580-613 ; *ILA Report Washington 2014*, pp. 780-821.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

129. Parmi ces Etats plus spécifiquement concernés, on trouve en première ligne l'Etat responsable. En cas de défaillance de celui-ci, il y a lieu de se retourner vers l'obligation de solidarité des autres Etats à assurer le même droit des victimes. En effet, il n'existe aucune règle qui prescrirait que l'indemnisation des victimes doit nécessairement se faire sur le territoire et à travers le concours des autorités de l'Etat responsable et que les moyens financiers servant à ce but doivent s'y trouver. C'est là que l'obligation *erga omnes* des autres Etats à soutenir l'accès à une indemnité prend tout son sens. En effet, sur le point de l'accès à la justice, ces Etats sont en principe en mesure de répondre à leur devoir de solidarité en acceptant que les victimes aient un accès à leurs tribunaux et aux autorités d'exécution forcée. Cette responsabilité leur incombe collectivement, dans l'intérêt de la communauté internationale¹⁸⁸.

130. Cependant, cette responsabilité collective ne va pas plus loin que ce qu'elle dit : elle n'est pas individualisée. Elle soutient le respect de l'obligation d'indemnisation de l'Etat responsable et sert le droit correspondant des victimes en tant qu'ultimes bénéficiaires. Elle n'est pas assortie d'une règle précisant quels Etats doivent en définitive assurer aux victimes un tel accès à la justice¹⁸⁹. La comparaison avec la répression pénale est possible sur ce point également : il existe une obligation *erga omnes* d'assurer la répression des crimes internationaux, modérée par l'exigence d'un intérêt de l'Etat qui entend s'en charger, mais il n'existe pas de règle qui détermine positivement quel Etat doit en définitive accomplir concrètement ce que prescrit l'obligation collective. Cette règle a été ajoutée, en acceptant que le for principal se trouve dans le pays sur le territoire duquel se trouve la personne soupçonnée ou accusée du crime ; la compétence universelle est alors devenue complémentaire à cette règle-là. L'exemple de la piraterie est intéressant pour illustrer le rôle de la notion de compétence universelle civile : de même qu'en droit pénal, ce concept révèle son utilité lorsque, faute de toute juridiction

¹⁸⁸ La protection à l'égard d'un déni de justice n'est pas consacrée en tant que principe général en droit international ; elle dépend des règles de compétence des droits nationaux et des traités (cf. Miaja de la Muela, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 135 (1972), I, pp. 31-34). En revanche, cette protection relève directement du droit international dans la mesure où elle constitue le complément indispensable du droit à réparation des victimes de crimes internationaux.

¹⁸⁹ Au demeurant, cela ne justifie pas la conclusion inverse, selon laquelle l'absence d'une telle règle ou d'une pratique consolidée des Etats démontrerait que l'affirmation d'une compétence universelle se heurterait à l'intégrité territoriale de l'Etat où l'acte a été commis, ainsi que le soutient Mora, *op.cit.*, *ICLQ*, 2014, pp. 717, 719. L'auteur méconnaît le principe du droit de réparation des victimes et l'effet qu'il produit sur l'accès à la justice.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

accessible, l'action civile des victimes ne pourrait être portée devant aucun juge¹⁹⁰.

131. Tout en admettant que parmi ces Etats le droit international ne désigne pas la ou les juridictions compétentes, il y a lieu d'admettre, en revanche, qu'il exige qu'il en existe une : car à défaut, la victime subirait un déni de justice et serait privée de son droit à réparation. Le droit international requiert des Etats concernés la garantie d'un accès effectif à leurs juridictions, sans exiger cependant que la victime puisse disposer d'un choix entre plusieurs fors. Cette obligation est collective au sein de ces Etats, ce qui implique que la disponibilité d'une juridiction compétente soit définie par chaque Etat, et par tous ensemble, dans le sens de leur « devoir de solidarité » à l'égard de l'objectif de la garantie de la réparation. Pour la victime, la quête de l'accès à la justice revient, sous le seul angle du droit international, à trouver un for au moins, permettant de saisir la juridiction de « dernier recours », propre à éviter que le droit de réparation soit sacrifié¹⁹¹. Il ne peut exister un droit des victimes à être indemnisées à travers une décision de justice si la mise en œuvre de ce droit est rendue impossible du fait de l'absence d'une juridiction compétente et apte à rendre justice¹⁹². Cela ne serait pas compatible non plus avec le droit fondamental de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal compétent¹⁹³. Enfin, sans accès à la justice et, grâce à elle, à des facilités d'apport de preuves, la victime serait privée de son « droit à la vérité » tel qu'il est aujourd'hui reconnu

¹⁹⁰ On lira le commentaire officiel (b), suivant le para. 404 du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* : « In general, jurisdiction on the basis of universal interests has been exercised in the form of criminal law, but international law does not preclude the application of non-criminal law on this basis, for example, by providing a remedy in tort or restitution for victims of piracy. » Le cas de la piraterie a également été cité dans l'arrêt *Kiobel* de la Cour suprême des Etats-Unis, en tant que cas d'exception (dans l'opinion de la majorité).

¹⁹¹ « Refusal by the law-respecting nations of the world to offer relief means that victims will have no place to turn. », Leval, *op.cit.*, *Yale Journal of International Law*, 2013, p. 235. La préservation de la paix mondiale a pour effet que « the enemy of all civilized nations can be sued wherever found », Weinberg, *Cornell Law Review*, 2014, p. 1530.

¹⁹² La déclaration de l'Institut lors de sa session de Lausanne en 1947 (*supra*) garde toute sa valeur, affirmant que « le respect des droits de la personne humaine sans en assurer l'efficacité par des mesures effectives de garantie et de contrôle est insuffisant aussi bien dans l'ordre international que dans l'ordre interne ».

¹⁹³ Art. 14, par. 1, du Pacte (II) relatifs aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; art. 6, par. 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

en droit international. Le système du droit des gens fondé sur la souveraineté des Etats en est nécessairement affecté¹⁹⁴.

132. Aussi ne faut-il pas oublier l'autre face du même enjeu : la compétence universelle ne doit pas être définie de telle manière que les auteurs et complices des crimes commis puissent se mettre à l'abri de toute juridiction saisissable par les victimes. L'équation est simple : la protection que l'on refuserait à la victime profite à son agresseur.

133. Ainsi, si l'on prend l'exemple de la garantie de réparation consacrée par l'article 14 de la Convention sur la torture, on admettra que les Etats, lorsqu'ils mettent en œuvre dans leur droit interne leur obligation de garantie, ne doivent pas le faire à des conditions telles qu'un certain nombre de victimes se trouveraient dans l'impossibilité d'avoir accès à une indemnisation. Si les Etats s'accordaient à ce que chacun attribue à ses autorités un rayon d'intervention ou de compétence limitatif, excluant les victimes de nationalité étrangère ou les cas de torture survenus en pays ennemi, par exemple, le principe de l'obligation de fournir une réparation risquerait de devenir vide de substance et l'article 14 de la Convention privé de son « effet utile ». Cette obligation, les Etats signataires de la Convention l'ont acceptée non seulement chacun pour lui-même, mais également tous collectivement les uns envers les autres. Il ne devrait donc pas exister d'hypothèse dans laquelle aucun Etat n'accepte d'assurer la garantie de réparation dans un cas particulier. Les Etats assument ainsi collectivement, chacun dans l'intérêt de tous, une obligation d'agir de manière à ce qu'une telle situation ne puisse pas se produire.

134. On connaît, certes, la « différence fondamentale » que la Cour internationale de Justice voit entre l'existence et la force contraignante d'obligations résultant du droit international, d'une part, et l'existence d'une cour ou d'un tribunal compétent pour résoudre des différends relatifs au respect de ces obligations¹⁹⁵. Ce principe est cependant énoncé au regard des conditions spécifiques régissant l'attribution de compétence à la Cour. Il ne se prête pas à des généralisations hâtives. Dans l'arrêt

¹⁹⁴ Cf. Benvenuti, *op.cit.*, *AJIL*, 2013, p. 307, évoquant par ailleurs une « fundamental legal obligation upon sovereigns to note the interests of others when making policy choices that directly affect them » (317), entraînant « some minimal normative and procedural other-regarding obligations » (332), parmi lesquelles la compétence universelle criminelle constitue une bonne illustration (331).

¹⁹⁵ Cf. Arrêt du 26 février 2007 sur l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *C.I.J. Recueil*, 2007, p. 43 ss, par. 148 ; arrêt du 3 février 2015 sur l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, par. 86-88, 523.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) du 3 février 2012¹⁹⁶, qui rappelle le même principe (paragraphe 100), la Cour a tout naturellement constaté que « l'immunité de juridiction permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même » (paragraphe 82), montrant ainsi qu'à défaut d'autres issues, le refus de l'accès à un for où l'exception d'immunité est admise conduit au résultat que la responsabilité de l'Etat défendeur, certes existante en droit, est dépourvue d'effet (paragraphe 94) et ne sera donc jamais engagée. Au demeurant, la question ne dépend pas des règles sur la juridiction, mais de celles régissant le fond. Faute d'un tribunal accessible aux demandeurs, c'est le droit du fond qui en détermine les conséquences, qu'il s'agisse d'une impossibilité d'exécution ou de l'extinction du droit.

135. Les méthodes et les solutions pour y parvenir relèvent du droit international privé et procédural. Avant d'y venir, il convient cependant d'élargir l'observation de l'éventail des moyens susceptibles d'assurer aux victimes l'accès à la réparation. Car cette justice n'est pas uniquement celle des tribunaux civils. Il existe d'autres procédés permettant d'y parvenir, dont plusieurs peuvent d'ailleurs s'avérer préférables à la voie judiciaire civile, qui reste alors disponible en dernière ligne.

136. Ainsi que les *Principes fondamentaux et directives* de 2005 le confirment, comme une évidence, rappelant la Déclaration de 1985 qui leur a servi de référence de base¹⁹⁷, afin de pouvoir exercer leurs droits à un recours, « les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires appropriés » doivent être mis à disposition des victimes (paragraphe 12, lettre d). Cet accès à un recours adéquat devrait englober « tous les mécanismes internationaux disponibles et appropriés » (paragraphe 14). Compte tenu des enjeux au niveau des Etats, la première démarche à évoquer est celle de la négociation en vue d'un accord conclu entre les Etats concernés.

B. La justice discrétionnaire des Etats

137. On se bornera à mentionner qu'à travers les siècles, il a toujours existé et s'est développé une pratique généralisée d'accords de paix ou

¹⁹⁶ *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 99 ss, par. 80-97.

¹⁹⁷ *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, du 29 novembre 1985 (A/RES/40/34). Le paragraphe 7 dispose : « Les moyens non judiciaires de règlement des différends, y compris la médiation, l'arbitrage et les pratiques de droit coutumier ou les pratiques autochtones de justice, doivent être utilisés, s'il y a lieu, pour faciliter la conciliation et obtenir réparation pour les victimes. »

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

autres à caractère indemnitaire. Malgré le caractère impératif, dans le sens du *jus cogens*, de la prohibition de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, le droit à réparation découlant d'une telle violation n'est pas de cette nature. Il est donc, au niveau du droit international, du droit disponible¹⁹⁸. Les Etats peuvent convenir de la réduire, notamment en passant du niveau d'une réparation « appropriée » à celui d'un règlement forfaitaire qui ne correspond pas nécessairement, dans chaque cas particulier, aux besoins et au préjudice subi par chaque victime. Le pouvoir des Etats est à cet égard large et discrétionnaire. La paix, impliquant la mise à plat de toutes les revendications respectives, suivie de la reconstruction du pays, peut être à ce prix¹⁹⁹. Ainsi, la Cour internationale de Justice a observé, dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* du 3 février 2012, que « pendant un siècle, la quasi-totalité des traités de paix ou règlements d'après-guerre ont reflété le choix soit de ne pas exiger le versement d'indemnités, soit de recourir à titre de compensation au versement d'une somme forfaitaire. Compte tenu de cette pratique, il est difficile d'apercevoir en droit international une règle imposant une indemnisation complète pour chacune des victimes, dont la communauté internationale des Etats dans son ensemble s'accorderait à estimer qu'elle ne peut souffrir aucune dérogation »²⁰⁰.

138. Il n'est pas rare que les clauses de renonciation, souvent âprement négociées, ne soient pas claires quant à leurs effets et notamment dans leur définition des victimes et du montant qui leur est dû le cas échéant. Une autre question est celle de savoir si les victimes sont alors empêchées de faire valoir des droits individuels devant les fors de cet Etat ou à l'étranger. L'accord international peut comporter une renonciation, totale ou partielle, qui l'emporte sur le droit national. C'est une condition de son effectivité. Cependant, il n'en est pas toujours ainsi. Il convient de distinguer du régime d'un tel accord les règlements de réparation que les Etats peuvent avoir adoptés en droit interne²⁰¹. Cela explique une jurisprudence affirmant que la voie de la protection diplomatique n'a pas

¹⁹⁸ Sous réserve des traités déjà conclus, y compris les statuts des cours internationaux des droits de l'homme et de droit pénal. Par ailleurs, la question n'est pas sans controverse ; cf. d'Argent, *op.cit.*, pp. 767-774.

¹⁹⁹ Tomuschat, *op.cit.*, *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, pp. 821 s., 826, rappelant d'ailleurs que des demandes en restitution de biens culturels et confisqués se prêtent mieux pour être réglées dans un accord de paix, en comparaison de la réparation du préjudice de très nombreuses victimes, dont l'identification et l'estimation des dommages sont bien plus difficiles.

²⁰⁰ *C.I.J. Recueil*, 2012, pp. 99 ss, par. 94. Cf., par ailleurs, l'arrêt rendu le 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, *C.I.J. Recueil*, 1970, pp. 3 ss, par. 78-82.

²⁰¹ Cf. Hess, *op.cit.*, *Entschädigung nach bewaffneten Konflikten*, pp. 114-126, 173-176.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

pour effet d'empêcher l'individu lésé à réclamer une réparation selon le droit national²⁰². Cependant, dans la mesure où la protection diplomatique vise également la réparation du préjudice subi par les personnes, cette distinction perd de sa pertinence²⁰³.

139. Chacune des voies alternatives vers une solution à l'indemnisation des victimes comporte la perspective d'un règlement qui ne satisfait pas pleinement la réclamation d'une compensation entière du préjudice subi, ou qui peut même aboutir, notamment dans les accords de paix, à la renonciation globale à toute réparation pécuniaire des ressortissants ou d'un groupe déterminé de la population d'un Etat.

140. Le fondement de telles renonciations se place au même niveau normatif que les règlements d'indemnisation eux-mêmes. Dans la plupart des hypothèses, il s'agit donc d'une renonciation convenue en droit international, sous la forme de l'accord négocié entre les Etats concernés ou du statut de l'organe ou du fonds ayant reçu l'attribution des Etats à procéder à une indemnisation forfaitaire des victimes. Ce volet réducteur de la réparation due aux victimes est rarement énoncé clairement dans des textes internationaux qui affirment le principe de l'indemnisation. On ne le trouve pas, notamment, dans les Principes fondamentaux et directives de 2005. Il n'y est que très implicitement, dans le principe de non-dérogation au droit international général (paragraphe 26) et dans l'énumération des « régimes juridiques pertinents », dont font partie « les traités auxquels un Etat est partie » (paragraphe 1, lettre a). L'hypothèse d'un règlement indemnitaire portant sur des montants forfaitaires et inférieurs à des indemnités de droit civil est retenue implicitement dans l'évocation de tous les moyens, non seulement juridiques, mais également « diplomatiques et consulaires » (paragraphe 12, lettre d) ainsi que des « mécanismes internationaux disponibles » (paragraphe 14)²⁰⁴. En

²⁰² Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 13 mai 1996, *BVerfGE, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, t. 94, p. 315.

²⁰³ On notera d'ailleurs que si les Articles sur la protection diplomatique (A/RES/62/67) réservent les droits des lésés d'engager des actions ou procédures autres que la protection diplomatique, cela ne vaut que dans la mesure où cela est fait « en vertu du droit international » (art. 16). Cette disposition n'entend pas dire, à notre avis, qu'un règlement forfaitaire conclu entre Etats ne puisse pas avoir pour effet d'éteindre l'action individuelle des victimes, ainsi que la dimension collective de l'obligation *erga omnes* ; *contra* : Cannizzaro, *op.cit.*, *Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, p. 499 s.

²⁰⁴ Un exemple est fourni par la suggestion que les Etats devraient se servir de « mécanismes de plaintes interétatiques », suivant le n° 39 des Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des Etats dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels (2012) ; cf. De Schutter *et al.*, *op.cit.*, *Human Rights Quarterly*, 2012, p. 1165 s. Cependant, suivant une vue plus réaliste, les Etats

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

revanche, dans la mesure où la « réparation adéquate, effective et rapide » y est consacrée (paragraphe 11, lettre b), il s'agit d'une obligation internationale à mettre en œuvre par les Etats, qui ne saurait être contournée par une renonciation imposée aux victimes en droit national.

C. La justice internationale

1. Les tribunaux internationaux

141. La Cour pénale internationale est de nos jours l'institution principale ayant pour mission de mener les enquêtes et le procès jusqu'à la condamnation des criminels de guerre et des auteurs d'autres atrocités réprimées en droit international. L'indemnisation des victimes, d'après l'article 75 du Statut de Rome, entre également dans ses compétences. Cependant, tout en exprimant le soutien qui convient à ce mécanisme, il faut se résigner à constater que cette voie de justice manque d'efficacité au point de la rendre insignifiante. On peut déjà en douter au regard du nombre peu impressionnant de procédures de droit pénal achevées et en cours. Aussi ne faut-il pas fermer les yeux devant le fait que, malgré les appels et proclamations solennelles du devoir de se soumettre à la juridiction de la Cour pénale internationale, un grand nombre d'Etats n'y ont pas adhéré, parmi lesquels on en trouve plusieurs notoirement connus pour les atrocités commises sur leur sol. L'expérience démontre qu'au cas où un gouvernement d'un Etat concerné est encore en place, il est politiquement difficile de traduire ses officiels devant la justice pénale internationale.

142. Lorsqu'une instance est en cours, les victimes doivent patienter de longues années jusqu'au prononcé de la condamnation pénale avant que l'examen d'une demande d'indemnisation puisse être entamé. La procédure à suivre est lourde et émaillée d'incertitudes²⁰⁵. Une seule affaire – le cas *Lubanga* – a pu être menée jusqu'à ce stade et ce sans être réglée trois ans plus tard²⁰⁶. Il faut se rendre compte de ce que cela signifie : l'octroi d'indemnités de la part de la Cour pénale internationale

préféreront la voie diplomatique ou des commissions d'indemnisation agissant avec une certaine discrétion.

²⁰⁵ Cf. Kelly, *op.cit.*, *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, pp. 47-67 ; Goetz, *op.cit.*, *Reparations for Victims of Crimes against Humanity*, pp. 53-70 ; Smith-van Lin, *op.cit.*, *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, pp. 181-204, concluant: « it remains unclear what clear benefits victims, many of whom have waited for years for applications to be determined, have received » (p. 204).

²⁰⁶ Il a fallu fixer d'abord les principes régissant l'instance civile de réparation, par une décision de chambre du 7 août 2012 (ICC-01/04-01/06), suivie d'un appel tranché le 3 mars 2015 et chargeant le Fonds de présenter à la Chambre de première instance I un projet de plan de mise en œuvre de réparations collectives dans un délai de six mois.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

offre une lueur d'espoir, mais il serait irrespectueux face aux victimes de proclamer qu'il s'agirait d'une voie de droit qui entre sérieusement en ligne de compte.

143. Aussi n'existe-t-il aucune base sérieuse pour prétendre que des organes judiciaires internationaux seraient bien plus appropriés que les juges nationaux pour traiter des demandes de réparation individuelles des victimes²⁰⁷. Cela ne peut constituer qu'une perspective, certes désirable, mais très éloignée des réalités du fonctionnement des juridictions internationales de nos jours. La disponibilité des juridictions nationales de droit civil s'avère d'autant plus importante, pour des années à venir encore²⁰⁸.

2. *Les fonds d'indemnisation*

144. Au lieu de traverser la voie judiciaire internationale, une pratique bien plus répandue consiste à répondre aux demandes légitimes des victimes à travers des mécanismes de réparation collective (*collective reparation*), telle la Commission d'indemnisation des Nations Unies instituée à la suite de la guerre en Irak. On trouve à la base de l'instauration de tels organismes l'idée que ceux-ci pourraient fonctionner de façon plus appropriée et, surtout, éviter aux parties concernées de voir un très grand nombre de demandes soumises aux tribunaux civils, dont le mode de gestion n'est pas toujours adapté pour en juger²⁰⁹. La relation entre des modes de réparation collective engageant les Etats concernés et le droit à l'action individuelle des victimes soulève parfois des questions complexes²¹⁰.

145. Dans la pratique internationale, l'action judiciaire individuelle est un moyen utilisé exceptionnellement. Car même si l'accès à la justice est possible, les conditions personnelles permettant à une victime de mener un procès ou de s'associer à un procès conduit pour un groupe de victimes, ne sont souvent pas réunies. Dans de nombreux instruments portant sur le règlement du sort des victimes de crimes internationaux, on trouve des dispositions attirant l'attention des Etats sur leur devoir d'informer la population sur les moyens disponibles. L'accès à

²⁰⁷ Thèse soutenue par Tomuschat, *op.cit.*, *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, p. 837.

²⁰⁸ Van Schaack, *op.cit.*, *Harvard International Law Journal*, 2001, pp. 159-165. Constatant que la présence des victimes devant la Cour pénale internationale est essentiellement symbolique, un auteur conclut : « justice for victims begins with the state, the ICC is only a court of last resort » ; cf. Moffett, *op.cit.*, p. 289, puis également pp. 157-195, 281-289.

²⁰⁹ Cf. Tomuschat, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010-2011, pp. 1121, 1140.

²¹⁰ Cf. von Hein, *op.cit.*, *YPIL*, 2001, pp. 190-195.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

l'information est en effet le premier obstacle à franchir. D'autres se présentent, telle l'inaptitude à comprendre les démarches à entreprendre, la difficulté d'accès aux conseils appropriés, l'incompréhension des procédures à engager, le manque de moyens financiers et tant d'autres.

146. C'est la raison pour laquelle une approche collective d'indemnisation s'avère très souvent préférable, ce d'autant qu'elle assure un traitement équitable et non discriminatoire de l'ensemble d'un groupe de victimes ayant subi les mêmes violences. La constitution d'un fonds servant à l'indemnisation des victimes présente ainsi de très grands avantages.

147. Dans le préambule des Principes fondamentaux et directives de 2005, l'établissement de « fonds nationaux d'indemnisation des victimes » est encouragé, à l'instar du fonds créé au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale. Par ailleurs, les Etats devraient créer des « programmes nationaux » pour fournir réparation lorsque la partie responsable du préjudice ne peut ou ne veut pas s'acquitter de sa dette (paragraphe 16).

148. Le devoir d'indemnisation reconnu dans la Convention du 16 mai 2005 sur la lutte contre la *traite des êtres humains* peut être garanti, par exemple, par l'établissement d'un fonds pour l'indemnisation des victimes, dans les conditions prévues par le droit interne (article 15 paragraphe 4).

149. Dans les *Principes de Paris* de 2007 sur le sort des *enfants enrôlés par des forces armées*, la création de fonds destinés à soutenir collectivement les enfants libérés, démobilisés, ou ayant désertés dans leur réintégration dans la vie civile est le seul moyen de satisfaction mentionné, qu'il y a lieu de mettre en place même en l'absence d'un processus formel de paix ou de désarmement²¹¹.

150. La création d'une commission d'indemnisation statuant sur les demandes des victimes et financée par les autorités soudanaises a été suggérée par la Commission internationale d'enquête sur le *Darfour* dans son rapport du 18 septembre 2004²¹².

151. La constitution d'un fonds d'indemnisation sert de support à une répartition équitable des prestations, normalement forfaitaires, aux victimes. Cela permet surtout d'atténuer sensiblement la disparité des solutions et la complexité de la gestion des dossiers, que les demandeurs

²¹¹ *The Paris Principles and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups*, UNICEF 2007 (n° 2, 12, 17, 19). Ces principes constituent une mise à jour des *Cape Town Principles and Best Practices* de 1997.

²¹² UN S/2005/60, par. 601-603.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

se présentent individuellement ou réunis dans un « groupe » ou une *class*, ce qui suppose toujours respectées les exigences découlant du droit d'être entendu.

152. On observera par ailleurs que si ce mode d'indemnisation se prête bien à l'apaisement des conséquences de conflits armés, il n'y trouve pas son seul domaine d'intérêt. C'est un moyen permettant de résoudre plus aisément l'indemnisation des victimes lors d'accidents produisant des dégâts à large échelle. On citera ainsi les Conventions de Bruxelles de 1969 et de 1971 en matière de responsabilité pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (avec leurs protocoles de 1992). Ces instruments connaissent, l'un, une concentration impérative sur le for unique de l'Etat où le dommage est survenu, ce qui est lié au système d'indemnisation, dont les montants à verser sont limités, tandis que l'autre prévoit des prestations complémentaires lorsque le dédommagement des victimes s'avère insuffisant, et qui sont fournies grâce à un fonds alimenté par les compagnies pétrolières²¹³.

153. Devant les tribunaux civils, on peut certes envisager des traitements généralisés et forfaitaires lorsqu'il s'agit d'évaluer les dommages et de fixer des indemnités, si le droit applicable le permet. En revanche, sans la coopération des parties, le juge ne peut guère aller jusqu'à mettre sur pied un fonds d'indemnisation et confier sa gestion à des tiers. Cependant, il peut le faire à travers un accord ou une transaction conclu par les parties. Le fonds de solidarité créé en France afin de traiter les plaintes des victimes des sociétés *Unocal* et *Total* en Birmanie (devenue Myanmar) sert de bonne illustration²¹⁴. De telles solutions étant plutôt rares, malgré leur intérêt, il est recommandé aux Etats de créer des « mécanismes de réclamation non judiciaires efficaces et appropriés » afin d'établir un système étatique complet de réparation des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises²¹⁵.

154. Sous des formes diverses, la quasi-totalité des règlements négociés ou mis sur pied par une institution créée à cet effet implique l'acceptation qu'il soit renoncé à toute réclamation future, présentée sous une forme et devant une instance quelconque. Cela inclut nécessairement la renonciation à toute prétention future de droit civil, à faire valoir devant un tribunal étatique. Cet élément indispensable d'un tel règlement définitif est également exprimé par l'*exclusivité* du mode d'indemnisation

²¹³ Cf. les explications de Bernasconi, *op.cit.*, *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents*, tome 19-I, pp. 328-332, 372-374.

²¹⁴ Cf. De Schutter, *op.cit.*, *AFDI*, 2006, pp. 69-71.

²¹⁵ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* de 2011, (A/HRC/17/31), n° 27, principe suivi d'une liste de critères d'efficacité (n° 31).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

mis en place. La question n'avait pas été réglée dans l'acte constitutif de la Commission d'indemnisation d'Irak²¹⁶, mais elle l'a été ensuite à travers le régime mis sur pied par la Commission²¹⁷. Pour la Commission d'indemnisation constituée à la suite du conflit opposant l'Erythrée et l'Ethiopie, l'exigence d'empêcher des recouvrements multiples a été formulée d'emblée²¹⁸. La valeur d'un règlement indemnitaire tient à deux choses, l'indemnité en elle-même et le fait de mettre un point final aux réclamations des victimes, qu'elles soient totalement ou partiellement satisfaites²¹⁹.

D. La justice civile

155. La voie judiciaire à travers les tribunaux civils apparaît comme une voie par défaut. Elle est subsidiaire par rapport aux tribunaux internationaux, dont la compétence prioritaire est cependant plus théorique qu'elle ne l'est dans les faits, faute d'occasions pour se manifester. Elle est également subsidiaire par rapport à d'autres modes alternatifs de règlement, principalement mis sur pied à travers différents fonds et commissions d'indemnisation. Il n'en demeure pas moins que, tout en étant de dernier recours, la justice civile est un complément indispensable à la garantie du droit à réparation des victimes.

156. Dire que la grande majorité des victimes ne parviendraient pas à leurs droits, devant se contenter d'un jugement ne représentant qu'un simple morceau de papier, et qu'il s'agirait d'un « fact of life and law » que l'on ne peut obtenir l'exécution d'un jugement portant condamnation de payer contre un Etat qui s'y oppose²²⁰, constitue une simple allégation qui, même si elle était exacte, n'en constitue pas pour autant un motif suffisant pour laisser les victimes sans droit. Au demeurant, l'exemple de l'Allemagne est éloquent : ce pays, devant la menace représentée par les procès intentés aux Etats-Unis contre des entreprises allemandes, débouchant donc sur de simples « morceaux de papier », ne s'est-il pas résigné en 2000 à créer une fondation de rémunération, appelée « Mémoire, Responsabilité et Avenir »²²¹, dotée d'un budget de dix milliards de marks allemands ? Dans la mesure où les démarches individuelles des victimes se heurtent à des obstacles paraissant

²¹⁶ Résolution du Conseil de Sécurité, 687 (1991) du 3 avril 1991.

²¹⁷ Cf. Frigessi di Rattalma et Treves, *op.cit.*, p. 79 (Rapport du Secrétaire général, par. 22), 161 (Décision du « Governing Council » du 24 septembre 1992).

²¹⁸ Ce dans l'accord de paix conclu par les deux pays le 12 décembre 2000, *ILM*, 2001, p. 260 (art. 5 par. 8).

²¹⁹ Cf. d'Argent, *op.cit.*, *AFDI*, 2005, p. 53.

²²⁰ Tomuschat, *op.cit.*, *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, p. 837.

²²¹ « Erinnerung, Verantwortung und Zukunft », *Bundesgesetzblatt*, 2000, I, p. 1263.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

insurmontables, ne conviendrait-il pas de s'employer en priorité à les surmonter ou à les contourner avant de proclamer que la voie judiciaire est fermée aux victimes ?

157. Enfin, la justice civile est à la fois subsidiaire et en concours avec la négociation de la question de l'indemnisation entre les Etats concernés. Si un accord est conclu, répondant entièrement ou partiellement à l'intérêt des victimes, il dispose en règle générale de la réclamation que chaque victime voudrait encore faire valoir individuellement. Tant que l'accord n'est pas conclu, une certaine interaction peut se produire. La négociation interétatique peut perturber l'avancement d'une procédure civile, comme celle-ci peut gêner l'avancement vers une solution à l'amiable à élaborer entre les Etats. Cependant, sans nier l'existence de tensions liées à de telles situations, il n'y a pas lieu d'en surestimer l'influence. Le juge civil a l'habitude de répondre favorablement à une requête en suspension de la procédure en attendant le résultat des tractations en vue de la conclusion d'une transaction. Il n'y a pas de raison de croire qu'il en irait autrement lorsque la demande émane d'une partie invoquant des négociations diplomatiques en cours.

158. Dans son arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* du 3 février 2012²²², la Cour internationale de Justice a estimé que le juge civil éprouverait des difficultés pour évaluer correctement la perspective d'un aboutissement satisfaisant de telles négociations (paragraphe 102). Or, c'est mal connaître la pratique judiciaire. Le juge n'a pas à connaître l'état des contacts diplomatiques en cours, tant qu'il sait qu'ils ont lieu et que les parties sollicitent la suspension du procès. Si la question est controversée ou qu'elle le devient après un certain temps, les renseignements sur la poursuite des travaux menés *bona fide* sont fournis par les parties ou ils peuvent être sollicités des représentants diplomatiques en charge du dossier. Au demeurant, la Cour en a fait l'expérience pratique dans l'affaire *Diallo*, qui l'a amenée à suspendre la procédure et à inviter les parties à entamer des négociations aux fins de s'entendre sur le montant de l'indemnité²²³ ; elle n'avait point besoin d'être renseignée sur les tractations en cours et d'en évaluer les perspectives d'aboutir, mais attendit simplement leur résultat, un échec en l'espèce.

159. Il convient également de ne pas tourner le regard uniquement vers l'indemnisation sous la forme d'un paiement. Compte tenu de la nature des atrocités commises et des souffrances subies, les revendications

²²² C.I.J. Recueil, 2012, p. 99, ILM, 2012, p. 569.

²²³ Cf. l'arrêt rendu le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, C.I.J. Recueil, 2010, p. 639 ss, par. 162-164.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

formulées par les victimes sont plus diversifiées. La réparation de leur préjudice est déjà entamée par la seule déclaration d'un tribunal de la responsabilité des auteurs des crimes commis. Cela constitue l'un des moyens de réparation, équivalant en droit international à une « satisfaction », indiquant que le défendeur a manqué de se conformer à une obligation de droit international²²⁴. La satisfaction consiste également en la possibilité d'être confronté en personne à l'auteur du crime subi. Une indemnité prononcée dans le jugement peut être ressentie comme une certaine compensation, même s'il apparaît que le versement ne pourra jamais être obtenu. L'intérêt collectif des nations consiste à pouvoir exposer devant le monde entier que les atrocités commises ne restent pas sans réponse, ce qui peut servir de moyen de prévention à l'égard de toute velléité d'en commettre à nouveau dans le futur. Certes, il ne faut pas se faire trop d'illusions, mais chaque petit effort n'est jamais de trop.

V. Les fors ordinaires

A. Les fors du défendeur et du délit

160. Les fors ordinairement accessibles, en matière délictuelle ou de « torts », sont fondés, soit sur le domicile du défendeur, respectivement le siège de l'entreprise défenderesse, soit sur le lieu de l'acte illicite ou du fait dommageable, respectivement sur l'activité du défendeur dans le rayon de juridiction du tribunal saisi. La définition précise de ces rattachements n'a guère d'importance dans le présent contexte.

161. Le point principal à noter est que ces liens de juridictions visent très souvent le pays où les atrocités alléguées par les victimes ont été commises. L'agresseur dont la culpabilité est en jeu peut s'y trouver encore. Les crimes perpétrés et subis dans ce pays étranger l'ont souvent été avec la participation ou sous le contrôle ou la complicité des gouvernants alors dominants ou qui le sont encore. On ne saurait donc admettre une règle générale consistant à renvoyer les victimes réclamer justice dans le pays où elles n'ont pas été protégées face aux atteintes à leur dignité humaine.

162. Cela étant, il convient de réserver les situations dans lesquelles le défendeur s'est établi dans un autre pays étranger, parfois après avoir dû prendre la fuite du pays où il a sévi.

163. De même, les sociétés que les victimes entendent mettre en cause du fait de leur participation active ou de leur complicité dans les actes de

²²⁴ Cf. arrêt du 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, C.I.J. Recueil, 2007, p. 43 ss, par. 463.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

violence incriminés peuvent être visées par des demandes de réparation des victimes dans le pays de leur siège ou incorporation. Ainsi que cela a été relevé *supra*, à titre de « pratiques émergentes », on a pu observer des litiges impliquant des sociétés « mères » en raison de leurs activités ou de celles de leurs organes dans des pays étrangers, souvent conduites à travers une filiale locale. Cependant, lorsqu'il existe une séparation nette, à la fois au niveau du contrôle opérationnel et à celui de la capitalisation, entre la société mère et sa filiale locale, il peut s'avérer très difficile de conduire avec succès un procès contre la société mère. De plus, il est difficile, voire impossible, d'y attirer la filiale, dans la mesure où la compétence fondée sur la connexité ne peut être invoquée qu'à l'égard de sociétés également établies dans un Etat membre, ou en raison de l'absence d'une activité de la filiale dans le pays de sa société mère.

164. Il n'y a pas lieu de commenter ici ou de juger de la pertinence de ces critères de juridiction en général²²⁵. En revanche, il y aura lieu d'en évaluer les effets au regard de l'attente des victimes de crimes internationaux à pouvoir trouver accès à la justice. En effet, l'impossibilité pour les victimes d'accéder à un for dit ordinaire signifie pour elles qu'elles doivent se tourner vers d'autres fors parmi lesquels on doit trouver tout au moins une juridiction apte à juger de leurs demandes. Lorsqu'un for ordinaire en matière civile n'est pas accessible aux victimes dans le cas particulier, le point critique est atteint pour envisager un for saisi en vertu d'une compétence universelle civile²²⁶.

B. Le for de l'action pénale

165. Le concept de compétence universelle a pris ses racines et trouvé son intérêt pratique en matière *pénale*. Par rapport à la juridiction pénale ayant une ambition universelle, la compétence analogue en matière *civile* constitue un complément. Il se pose dès lors tout naturellement la question de savoir si l'action civile peut être jointe à l'action pénale devant la juridiction pénale saisie de l'infraction fondée sur un crime portant atteinte à la dignité humaine.

²²⁵ Cf., cependant, sur ce point, la position différente de M. Gaja, qui souhaiterait aborder le thème dans une perspective plus large, aboutissant à une règle générale dans le sens qu'un Etat est libre de fixer les critères de la compétence civile de ses tribunaux, mais cela seulement à la condition qu'il existe un lien significatif entre l'Etat du for et le litige. Sans nier l'intérêt d'une telle étude globale, il y a lieu de rappeler qu'elle dépasse de loin le mandat confié à la Commission. Celle-ci doit examiner l'exception à la dite règle générale, permettant aux victimes de crimes internationaux d'accéder aux tribunaux d'un Etat même en l'absence de liens significatifs.

²²⁶ Cf. Donovan et Roberts, *op.cit.*, *AJIL*, 2006, p. 157-160, 162, notant que : « At a minimum, universal jurisdiction should be exercisable where no state with traditional links can provide an effective forum. » (p. 160).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

166. Au plan international, l'expérience de la Cour pénale internationale n'est guère encourageante en l'état. La Cour n'est d'abord saisie que d'un nombre fort limité d'affaires, mais de plus, parmi ces cas, un seul est parvenu au stade de l'examen de la question des réparations, entamé par une décision sur des principes de procédure rendue en 2012 et confirmée en appel en mars 2015, ce qui signifie que l'on est encore loin d'une allocation concrète de prestations aux victimes²²⁷. Les victimes souffrent de la longueur de la procédure d'instruction et de condamnation au plan pénal. Si le contexte particulier du fonctionnement de la Cour permet d'expliquer la situation, il n'empêche qu'au regard de l'attente légitime des victimes, le mode de réparation mis en place est loin de répondre aux exigences élémentaires d'une justice équitable. Le système adopté par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui intègre la réparation des victimes dans la procédure dirigée contre l'Etat responsable, semble être plus prometteur à cet égard²²⁸.

167. Dans un grand nombre de pays, on connaît la possibilité de joindre l'action civile à l'instance entamée par l'action pénale. Or, la décision de renvoyer le dossier en justice est prise le plus souvent selon la libre discrétion du procureur, qui ne manquera pas d'être sensible aux implications politiques ou diplomatiques d'un tel procès. Même si le procès est engagé, il est souvent loin d'être évident qu'il soit mené avec les appuis nécessaires pour aboutir à une condamnation. Dans l'hypothèse où ce stade est atteint, la plupart des régimes admettant l'action d'adhésion confèrent à la juridiction pénale un large pouvoir discrétionnaire s'agissant d'accepter ou non la recevabilité de l'action civile auprès de la même instance – cela augmente encore l'incertitude du succès de la démarche des victimes. Enfin, arrivé au stade de l'instruction civile, on constate qu'à ce niveau, la liberté dans l'appréciation des preuves présentées et les exigences quant à la pertinence des moyens de preuve ne sont pas les mêmes, au pénal et au civil.

168. La priorité étant l'action pénale, le for correspondant se trouve idéalement dans le pays du lieu de présence de l'agresseur. Il ne représente pas, normalement, une compétence universelle. Ce pays peut être éloigné des lieux de vie des victimes. De plus, avant d'entamer l'examen de l'action civile, le tribunal procédera d'abord à l'instruction et au jugement de l'action pénale. Cette attente peut être longue et les frais importants²²⁹. De plus, lorsque le jugement pénal est prononcé, il s'agit de reprendre l'instruction dans la perspective de droit civil de la

²²⁷ Affaire *Lubanga* (ICC-01/04-01/06).

²²⁸ Cf. Lambert Abdelgawad et Martin-Chenut (éd.), *op.cit.*, *passim*.

²²⁹ Cf., plus généralement, Ochoa, *op.cit.*, *passim*.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

réparation du tort subi par une victime, ou un groupe de victimes, dans un cas particulier²³⁰. Cela représente en fait un nouveau procès, avec les efforts et les frais que cela comporte²³¹.

169. On ajoutera que si ce for est connu dans certaines juridictions (notamment en Europe)²³², il ne l'est pas nécessairement dans d'autres. De plus, même en étant admis en soi, il est parfois considéré comme exorbitant, au point qu'un jugement civil rendu par le juge pénal ne peut être exécuté à l'étranger. Or, dans de telles conditions, l'accès à un tel for ne peut pas être considéré comme un remède approprié pour les victimes²³³. On rappellera par ailleurs que pour le Comité contre la torture, l'ouverture d'une action civile et la demande de réparation de la victime ne doivent pas être subordonnées à l'achèvement de l'action pénale²³⁴.

C. Les fors résiduels

170. Tout système judiciaire connaît, sous une forme ou une autre, des chefs de compétence dont le rôle est *subsidaire*, car ils n'interviennent qu'à défaut d'un for normalement mieux apte à la bonne administration de la justice, compte tenu de la proximité des parties et des faits litigieux. Dans certains cas, en effet, il est important d'assurer un accès à la justice de cette façon, même si un tel for semble moins apte à instruire le litige et à statuer. De très nombreux pays connaissent un for fondé sur la présence de biens du défendeur, lorsqu'aucun autre for n'est disponible dans le pays. Combiné avec une saisie ou un séquestre, un tel for présente l'avantage de pouvoir exécuter le jugement dans les biens de la partie défenderesse. C'est un avantage non négligeable, malgré le fait qu'un tel for est généralement caractérisé comme *exorbitant*. Il n'en demeure pas moins que le champ de compétence du juge saisi dans ces conditions est en règle générale limité au patrimoine disponible, dont le demandeur a dû

²³⁰ En tenant compte du fait que le jugement pénal ne déploie pas nécessairement force de chose jugée sur le litige civil, dont les faits pertinents et l'administration de leur preuve ne sont pas en tous points les mêmes.

²³¹ L'adage « le criminel tient le civil en état », tel que consacré à l'article 4 du Code français de procédure pénale, a amplifié l'effet d'absorption de l'action pénale sur le litige civil, avec les inconvénients que cela comporte. L'article 20 de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 (*Journal officiel de la République française*, 2007, n° 55 du 6 mars 2007) en a enlevé l'effet automatique pour le juge civil, sauf pour le cas de l'action civile ayant pour seul objet la réparation du dommage causé par l'infraction. Compte tenu de cette révision et des critiques adressées à l'adage lui-même, il ne semble pas indiqué d'en recommander la généralisation.

²³² Cf., pour le cas de la France, Kessedjian, *op.cit.*, *Travaux*, 2002-2004, p. 160.

²³³ Cf., par ailleurs, l'analyse de Requejo Isidro, *op.cit.*, pp. 153-161, 172-175.

²³⁴ Observation générale n° 3, du 13 décembre 2012, CAT/C/GC/3, par. 26.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

d'abord identifier l'existence, puis procéder à la saisie. Un tel for ne se prête pas à un accès généralisé pour des demandes émanant de victimes de crimes de droit international. La nécessité de devoir trouver un patrimoine saisissable, dont le montant n'est pas connu d'emblée et qui risque d'être insuffisant, ainsi que le fait de se trouver devant un juge n'ayant aucun lien d'une quelconque importance avec le litige et les parties en cause, ne permettent de retenir une telle solution que pour des situations particulières et exceptionnelles.

171. Dans certains pays, on trouve d'autres fors encore, également qualifiés d'exorbitants en règle générale, tels les fors fondés sur la résidence temporaire ou la simple présence du défendeur, tels la *tag jurisdiction* à l'américaine et ceux retenus au lieu du domicile ou de présence du demandeur. Cependant, ces fors sont exceptionnels, au point que l'on ne peut les compter dans un ensemble de solutions garantissant l'accès à la justice pour les victimes d'atteintes à leur dignité humaine.

172. On notera que dans l'espace judiciaire européen, plusieurs règles ménagent un for situé au lieu de la résidence habituelle de la partie demanderesse liée à un contrat d'assurance, de consommation ou de travail. L'idée maîtresse de ce système est la protection de la « partie faible », qui doit disposer d'un tribunal compétent à proximité. Paradoxalement, cette même idée n'a pas été transposée au domaine de la responsabilité civile et en particulier aux actions fondées sur une violation des droits de l'homme²³⁵. Il n'y a d'ailleurs pas d'allègement non plus sous l'angle de la loi applicable, qui est celle du pays où les atrocités ont été commises²³⁶; ce pays connaît normalement des prestations en cas d'actes illicites bien inférieures à celles connues dans le pays de la société défenderesse.

173. Une compétence universelle, même qualifiée d'exorbitante, peut s'avérer indispensable pour les victimes lorsqu'elles ne peuvent accéder à un for ordinaire, parce que celui-ci se trouve, soit dans le pays où les atrocités subies ont été commises et ne sont pas réprimées, soit dans un pays étranger, de la société « mère » en particulier, dans lequel les tribunaux n'entrent pas en matière sur leurs demandes ou rendent l'accès impossible en raison des conditions financières mises à la charge des plaideurs.

174. Or, un problème sérieux est alors posé dans un système intégré de compétence internationale liant plusieurs Etats parties. Car un tel système

²³⁵ Cf. Requejo Isidro, *op.cit.*, *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, p. 89.

²³⁶ Art. 4 du règlement 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Rome II (*JOUE*, 2007, L 199, p. 40).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

a pour but de concentrer les juridictions disponibles sur un nombre limité de fors ordinaires. Dans la même logique, il tend à prohiber l'emploi de fors extraordinaires ou exorbitants. Tel est le cas de l'espace judiciaire européen, fondé sur le règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement Bruxelles I^{bis})²³⁷. Dans cet espace, couvrant principalement tous les litiges engagés contre des défendeurs établis dans un Etat partie, il n'y a pas de place, ni pour des fors exorbitants, ni pour un for exceptionnel de réserve tel le for de nécessité. Cela rend l'accès pour les litiges portant sur des violations des droits de l'homme plus difficile par rapport aux règles nationales de juridiction²³⁸. Ce régime ne réserve pas une place à la compétence universelle ; celle-ci peut être retenue, en revanche, dans le droit national des Etats parties lorsque la partie défenderesse est établie hors du territoire de l'Union européenne. On notera au regard de cette illustration qu'un système coordonné de compétences qui tend à bannir les fors exorbitants risque de heurter les atteintes légitimes des victimes de violations des droits de l'homme auxquelles il faut ménager une place pour un for résiduel de type « universel »²³⁹. Ce déficit ne peut être comblé par les systèmes nationaux de droit, qui ne connaissent pas tous un for subsidiaire approprié, tel le for de nécessité²⁴⁰. L'omission d'un tel for dans la nouvelle version du règlement Bruxelles a ainsi été regrettée²⁴¹. Le débat devra être repris à la suite de la Résolution du Parlement européen exigeant des initiatives résolues en vue d'améliorer l'accès à la justice des victimes de violations des droits de l'homme liées aux activités d'entreprises en dehors de l'Union ainsi que pour donner aux victimes de ces violations les moyens d'obtenir réparation²⁴².

175. L'expérience de la Conférence de La Haye de droit international privé montre l'importance et la pertinence de cette réflexion. En effet, le « Projet Jugements » avait abouti, en 2001, à un texte provisoire, dont l'une des caractéristiques consistait à définir un nombre de fors acceptés par le futur traité, tandis que d'autres devaient être prohibés. Ces derniers

²³⁷ *JOUE*, 2012, L 351, p. 1.

²³⁸ Cf. Requejo Isidro, *op.cit.*, pp. 169-175, 182, 205-208 ; *idem*, *op.cit.*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, pp. 511-548.

²³⁹ Cf. Seatzu, *op.cit.*, *YPIL*, 2013/14, pp. 196-210.

²⁴⁰ Cf. le « Final Report, International Civil Litigation for Human Rights Violations », *ILA Report Sofia 2012*, pp. 321-373 (340-346).

²⁴¹ Cf. Boschiero, *op.cit.*, *RDIPP*, 2013, p. 263-271 ; Álvarez Torné, *op.cit.*, *REDI*, 2013, p. 182.

²⁴² Résolution du Parlement européen du 12 mars 2015 concernant le rapport annuel 2013 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et la politique de l'Union européenne en la matière (P8_TA(2015)0076), par. 106.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

ont fait l'objet d'une liste, considérée exhaustive (« liste noire »). Aucun Etat partie n'était admis à retenir l'un de ces fors interdits dans son système dans les relations avec les autres Etats parties. Cependant, la question s'est alors posée de savoir si une exception devait être définie relativement aux actions tendant à réparer un préjudice causé à la victime par des actes de violence d'extrême gravité, s'agissant notamment de crimes contre l'humanité ou de violation de droits de l'homme à caractère inaliénable. Le besoin de disposer de fors en soi interdits et exorbitants s'explique par le fait que, pour des actions de cette nature, les victimes ne peuvent avoir accès aux tribunaux de l'Etat où se trouvent les fors retenus par la Convention, fondés sur la résidence habituelle du défendeur (article 3) ou sur le lieu de l'acte ou du résultat (article 10). La gravité particulière des lésions à l'origine de telles actions milite en faveur d'une compétence universelle.

176. Une disposition spécifique a alors été retenue dans le projet à titre provisoire (article 18, paragraphe 3), en vue de futures négociations qui n'ont finalement pas eu lieu. Il fut également remarqué que ce texte n'a pas recueilli un consensus, ni dans l'ensemble, ni pour chacune de ses parties essentielles. Ce projet a cependant le mérite d'exister et d'offrir une certaine orientation, non seulement pour d'éventuels futurs débats relatifs au « Projet Jugements » de la Conférence de La Haye, mais également pour les travaux de l'Institut. On rappellera que ce texte se présente comme une règle d'exception par rapport à une liste de fors exorbitants et prohibés, fournie dans la disposition qui précède (alinéa 2) :

« Cet article n'exclut pas qu'un tribunal d'un Etat contractant exerce sa compétence, en vertu du droit national, dans le cadre d'une action en réparation fondée sur un comportement qui constitue :

- a) un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre ;
ou
- b) un crime grave selon le droit international, si cet Etat exerce sa compétence pénale sur ce crime en vertu d'un traité international auquel il est partie et que la demande tend à obtenir une indemnisation civile d'un décès ou d'une grave blessure corporelle résultant de ce crime.

L'alinéa *b*) ne s'applique que si la partie demandant réparation est exposée au risque d'un déni de justice au motif qu'une procédure dans un autre Etat se révèle impossible ou qu'il ne peut être raisonnablement exigé qu'elle y soit introduite. »

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

« Nothing in this article shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action claiming damages in respect of conduct which constitutes –

- a) genocide, a crime against humanity or a war crime; or
- b) a serious crime under international law, provided that this State has exercised its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a Party and that claim is for civil compensatory damages for death or serious bodily injuries arising from that crime.

Sub-paragraph *b)* only applies if the party seeking relief is exposed to a risk of a denial of justice because proceedings in another State are not possible or cannot reasonably be required. »

177. Cette proposition consacre la possibilité d'un accès à des fors résiduels (ou exorbitants) pour les litiges qui y sont définis, mais elle n'en fait pas une obligation pour les Etats. S'abstenant de statuer sur ce point, la question étant renvoyée au droit national, la proposition ne règle pas non plus le problème de savoir quel for serait le mieux situé pour résoudre de tels litiges²⁴³.

178. Le « Projet Jugements » ne dispose plus du même soutien qu'autrefois, néanmoins sans avoir perdu de son actualité²⁴⁴. Il semble dès lors utile que l'Institut rappelle qu'il est important que le droit d'accès à la justice des victimes de crimes internationaux soit pris en compte. On mentionnera en particulier la Conférence de La Haye qui est concernée en première ligne²⁴⁵.

VI. Le for fondé sur la compétence universelle

A. La notion de compétence universelle

179. La « compétence » est le pouvoir d'un organe ou d'une institution de trancher avec force une question de droit se posant dans un cas particulier, sous la forme d'un différend ou d'un litige. L'exercice de ce pouvoir étant réparti à travers une multitude de juridictions, nationales et

²⁴³ Cf. Conférence de La Haye de droit international privé, *op.cit.*, *Actes et documents 2005/II*, pp. 404, 412 s., 454, 515-517, 634 ; Van Schaack, *op.cit.*, *Harvard International Law Journal*, 2001, pp. 171-200.

²⁴⁴ On rappellera également la proposition du rapporteur spécial John Ruggie « that governments consider negotiating a carefully crafted legal instrument that clarifies the steps that need to be taken when international law prohibitions of the worst human rights abuses are violated by legal persons », Ruggie, *op.cit.*, p. 200.

²⁴⁵ Raison pour laquelle il semble préférable de ne pas suivre la suggestion, en soi pertinente, de viser tout instrument interne, interrégional ou international, telle que formulée par Mme Gaudemet-Tallon dans ses observations.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

internationales, la notion de compétence connaît, par rapport à chaque titulaire de juridiction, une délimitation que l'on peut décomposer *ratione personae, loci, materiae et temporis*.

180. Le complément constitué du terme « universelle » entend assortir la notion de compétence d'un tel facteur de délimitation. Il vise à conférer à l'objet de la compétence une portée mondiale, dépassant, de par la nature de l'exercice de la fonction juridictionnelle qu'elle représente, le domaine d'intérêt d'un seul ou de plusieurs Etats. De plus, cette notion ne distingue pas, en soi, selon que la compétence revient à un organe juridictionnel de droit international ou à une juridiction étatique. Plus généralement encore, la compétence universelle n'est pas une compétence d'attribution (*subject matter jurisdiction*). Elle délimite, certes, un domaine de compétence à raison de la matière – la réparation consécutive à un crime international –, mais elle ne l'attribue pas à un tribunal déterminé. En effet, ce n'est pas, à vrai dire, la compétence qui est universelle, mais la justification donnée à son exercice par une juridiction. Rien n'empêche cependant que ces deux fonctions soient combinées dans l'emploi qui est fait de la notion en droit positif, étant entendu que l'effet d'attribution de juridiction est complémentaire et non inhérent à la notion de compétence universelle.

181. Il en découle que cette notion ne contient pas de facteur de délimitation *ratione personae*, déterminant les personnes sujettes à la juridiction exerçant une telle compétence. Elle ne contient pas non plus de délimitation *ratione loci*, exigeant que cette compétence ne puisse être exercée qu'en présence de certains liens – géographiques ou liés autrement à l'espace – avec la juridiction visée dans le cas particulier. Certes, ces composants sont inhérents à la localisation du tribunal compétent dans le cas particulier, mais ils ne sont pas des éléments sur lesquels porte la définition de la compétence universelle.

182. Encore faut-il observer l'interdépendance entre les composants *ratione materiae, personae et loci* de la compétence. Ces trois éléments ne sont indépendants l'un de l'autre qu'à la condition de converger, dans le cas particulier, vers au moins un tribunal compétent et apte à trancher le litige de manière effective et équitable. En effet, lorsque l'ordre juridique détermine qu'une certaine catégorie de litiges doit être soumise, *ratione materiae*, aux tribunaux qui en dépendent, il en résulte que les conditions déterminant la compétence *ratione personae* et celles sur la compétence *ratione loci* doivent être définies de telle manière que la justice puisse être rendue par un tribunal au moins. La définition de chacun de ces composants ne doit donc pas être restrictive au point

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

d'empêcher les autres composants d'être mis en œuvre dans un ordre judiciaire donné.

183. Le droit international est quasiment muet sur les conditions dans lesquelles un Etat peut affirmer la compétence législative et juridictionnelle, que ce soit en matière pénale ou civile. Suivant l'arrêt *Lotus*, il n'est pas défendu aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, leur laissant à cet égard une « large liberté », sous réserve de quelques règles prohibitives²⁴⁶. Cette liberté s'étend en principe à l'acceptation d'une compétence universelle, et ceci au pénal²⁴⁷ comme au civil²⁴⁸. On dit aussi que la compétence universelle est un *permissive customary principle*²⁴⁹. Cette liberté peut d'ailleurs porter sur bien d'autres situations entièrement localisées à l'étranger. On citera d'abord les fors acceptés sur la seule base de la présence de biens du défendeur, même si ceux-ci n'ont aucun lien avec le litige. On connaît la « doctrine des effets », justifiant l'exercice de compétence à raison de comportements situés entièrement à l'étranger et impliquant des parties toutes étrangères, en particulier en matière commerciale et fiscale. L'Etat peut également accepter des procès n'ayant aucun lien avec ses juridictions et revendiquer alors son rôle de pays « neutre », notamment lorsque la compétence est fondée uniquement sur une clause d'élection de for ou sur le choix du siège d'un tribunal arbitral. Il n'en demeure pas moins que, manifestement, la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité ne trouve pas un accueil aussi permissif parmi les Etats et l'*opinio juris*.

184. Il ne suffit donc pas d'en rester là. Si de tous les Etats chacun attribue à une juridiction nationale un rayon de compétence qu'il considère comme étant « universel », il pourrait en résulter une diversité qui fait nécessairement appel à une meilleure répartition, qui affectera à son tour l'exercice de la compétence universelle par les Etats. Les nécessités de l'aménagement des relations entre les Etats comprennent leur devoir de coopération et de solidarité. Cela doit conduire à une répartition axée prioritairement sur des attributions de compétence aux Etats visés par un intérêt particulier à assumer une part du règlement des conséquences des infractions commises. La compétence universelle signifie, en revanche, que cette répartition ne doit pas aboutir à priver les

²⁴⁶ *CP.J.I.*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, *Série A*, n° 10, p. 19.

²⁴⁷ Opinion individuelle commune des Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, jointe à l'arrêt *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c Belgique)* du 11 avril 2000, *C.I.J. Recueil*, 2002, p. 63 ss, par. 45-52 ; cf., par ailleurs, Lattanzi, *op.cit.*, *Liber Fausto Pocar, Diritti individuali e giustizia internazionale*, p. 474.

²⁴⁸ Ryngaert, *op.cit.*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2007, pp. 21-32, 54-57.

²⁴⁹ Donovan et Roberts, *op.cit.*, *AJIL*, 2006, p. 143.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

victimes de tout accès à un for susceptible de rendre une justice équitable²⁵⁰.

185. Le droit international se manifeste ainsi par une certaine *obligation négative* des Etats à ne pas étendre la compétence de leur juridiction de façon à porter préjudice aux relations entre les Etats. Toutefois, une telle position ne doit pas avoir pour effet d'empêcher toute action d'être introduite devant une juridiction étatique, alors que la protection de victimes de crimes contre l'humanité est en jeu. Il convient ainsi de retenir également une *obligation positive* des Etats à assurer que l'exercice de la compétence universelle ne puisse pas être rendu impossible en raison d'une volonté d'abstention des Etats à fournir aux victimes l'accès à la justice et, en dernier lieu, à la justice des tribunaux civils²⁵¹.

B. Le for de nécessité

186. L'une des solutions tendant à éviter que des demandeurs soient empêchés de tout accès à la justice consiste à retenir une compétence fondée sur le concept de nécessité ou de déni de justice²⁵². Telle est la proposition principale présentée par l'*International Law Association* en 2012 dans ses *Lignes directrices de Sofia sur les meilleures pratiques en matière d'actions civiles pour violation des droits de l'homme*, en ces termes :

« 2.3 *Forum necessitatis*

- (1) Les juridictions de l'Etat qui possède un lien suffisant avec le litige sont compétentes pour éviter un déni de justice.
- (2) Au sens du paragraphe 2.3(1), un déni de justice existe si, après avoir entendu toutes les parties intéressées et pris en considération les sources d'informations fiables et publiques, le tribunal parvient à la conclusion que :
 - (a) aucun autre tribunal n'est disponible, ou

²⁵⁰ Tel est le seul thème de ce rapport et du projet de résolution. Il ne tend pas à résoudre les conflits positifs de compétence lorsque plusieurs Etats acceptent la compétence de leurs tribunaux, ce qui fait appel aux exceptions de litispendance ou de *forum non conveniens*, comme il n'examine pas la question d'un éventuel « forum shopping » dont la réalité n'est pas avérée, contrairement aux craintes exprimées par M. Bogdan.

²⁵¹ M. Gaja, seul membre de la Commission à contester l'existence d'une telle obligation, soutient que l'acceptation d'un tel for relève de la liberté des Etats et ne résulte donc pas du droit international. Or, lorsque l'accès à la justice est le complément indispensable à la réparation des victimes, une telle position revient à nier leur droit à réparation en vertu du droit international.

²⁵² En ce sens, Requejo Isidro, *op.cit.*, pp. 186-193, 207 s.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- (b) il ne peut être raisonnablement exigé du demandeur qu'il saisisse un autre tribunal.
- (3) Au sens du paragraphe 2.3(1), un lien suffisant est constitué, notamment, par
- (a) la présence du demandeur ;
 - (b) la nationalité du demandeur ou du défendeur ;
 - (c) la présence de biens appartenant au défendeur ;
 - (d) certaines activités exercées par le défendeur ;
 - (e) une action pénale, à condition que le tribunal puisse juger en même temps de l'action civile en vertu de son propre droit. »

« 2.3 *Forum of necessity*

- (1) The courts of any State with a sufficient connection to the dispute shall have jurisdiction in order to avert a denial of justice.
- (2) A denial of justice in the sense of paragraph 2.3(1) occurs if the court concludes upon hearing all interested parties, and after taking account of reliable public sources of information, that :
- (a) no other court is available; or
 - (b) the claimant cannot reasonably be expected to seize another court.
- (3) A sufficient connection in the sense of paragraph 2.3(1) consists in particular in:
- (a) the presence of the claimant;
 - (b) the nationality of the claimant or the defendant;
 - (c) the presence of assets of the defendant;
 - (d) some activity of the defendant; or
 - (e) a civil claim based on an act giving rise to criminal proceedings in the court seized of those proceedings, to the extent that that court has jurisdiction under its own law to entertain civil proceedings. »

187. La proposition tend à promouvoir des règles de droit international privé pour permettre le règlement équitable et efficace des questions soulevées en matière d'actions civiles pour violation des droits de l'homme²⁵³. L'ensemble des « Lignes directrices » entend répondre aux « obligations des Etats en droit international, y compris en ce qui

²⁵³ Cf. « Final Report, International Civil Litigation for Human Rights Violations », *ILA Report Sofia* 2012, pp. 321-373 ; « Interim Report, Private International Law Aspects of Civil Litigation for Human Rights Violations », *ILA Report La Haye* 2010, pp. 564-594 ; « Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences », *ILA Report Londres 2000*, pp. 403-442.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

concerne leurs juridictions nationales » (« related duties of States, including their domestic courts, under international law »). Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de règles destinées à l'adoption par les Etats en leur droit national ou alors, le cas échéant, à travers un instrument de droit international.

188. L'idée de retenir un for de nécessité avec autant de précisions serait à mettre en œuvre au niveau du droit international privé, de source nationale ou internationale. On ne peut, en l'état, dégager une telle solution du droit international général. Son adoption se heurte en particulier au fait que la notion de for de nécessité, autant que celle de déni de justice, ne sont pas généralement retenues dans les divers systèmes de droit. La proposition répond néanmoins en larges parties aux exigences qui sont à la base de la notion de compétence universelle. Cependant, celle-ci doit rester disponible à titre subsidiaire et de dernier recours²⁵⁴. Quelques membres de la Commission suggèrent qu'une mention du for de nécessité figure néanmoins dans le projet de résolution. Il semble cependant préférable d'éviter une confusion avec la notion de compétence universelle qui est déterminante dans le contexte de la réparation due aux victimes de crimes internationaux²⁵⁵. Si le for de nécessité était mentionné, il s'agirait de mettre en évidence que celui-ci soit aligné, dans les pays qui le connaissent, sur l'exigence de la compétence universelle²⁵⁶.

189. Il convient en effet d'attirer l'attention sur l'incertitude de l'emploi du critère de « lien suffisant » avec l'Etat du for ou de « lien avec le

²⁵⁴ En Europe, cela résulte d'ailleurs de la garantie de l'accès à la justice consacrée à l'art. 6, par. 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cf. Geimer, *op.cit.*, n° 1035.

²⁵⁵ La distinction est bien mise en évidence dans les observations de Mme Gaudemet-Tallon : « Le for de nécessité jouera dans les Etats qui le connaissent et évitera sans doute alors le recours au concept de compétence universelle. Mais lorsque le for de nécessité n'est pas connu, ou lorsque les « liens suffisants » exigés par les systèmes qui le connaissent (et la résolution de l'ILA) n'existent pas, alors la notion de compétence universelle sera utile. » De même, M. Gannagé relève ceci : « La compétence universelle peut alors ne s'appuyer sur aucun rattachement, du fait que le crime international qui a causé le préjudice a violé les exigences universelles de la dignité humaine. Elle s'écarte alors de la compétence du for de nécessité qui, dans les Etats où il est admis, repose le plus souvent sur un minimum de liens du litige avec le for. »

²⁵⁶ Une telle règle dirait : Un système de droit connaissant le for de nécessité applique celui-ci conformément aux dispositions du paragraphe précédent [relatif aux conditions de la compétence universelle] à l'égard de demandes en réparation des victimes d'un crime international. – A legal system adopting the notion of *forum necessitatis* shall apply in this respect the provisions of the preceding paragraph [relating to the requirements in respect of universal jurisdiction] to claims for relief brought by victims of an international crime.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

litige », notamment par rapport à une disposition telle qu'elle est connue en Suisse²⁵⁷ et au Québec²⁵⁸. Son caractère indéterminé engendre le risque d'être mal compris et interprété au détriment des intérêts légitimes des victimes. Cela s'est confirmé dans un arrêt du Tribunal fédéral suisse, refusant d'admettre un for de nécessité dans le cas d'un ressortissant tunisien vivant avec sa famille depuis dix ans en Suisse, où il a obtenu l'asile politique, qui réclamait à la République de Tunisie une réparation du tort moral en raison des tortures subies dans les locaux du ministère de l'Intérieur en Tunisie en 1992 ; au terme d'une interprétation purement littérale, il a été conclu que le for de nécessité ne pouvait être retenu puisqu'il exigeait un lien suffisant avec « la cause », tandis que le lien avec la personne du demandeur n'était pas déterminant²⁵⁹. On n'en dira pas mieux de l'arrêt de la Cour d'appel de Québec du 24 janvier 2012, renvoyant les victimes du massacre de Kilwa au Congo à mieux se pourvoir devant le tribunal du siège social de la société Anvil Mining Ltd en Australie alors que celle-ci était incorporée au Québec²⁶⁰. Les Lignes directrices de Sofia évitent l'écueil de l'incertitude liée à la notion de « lien », puisqu'elles définissent plusieurs situations répondant au critère du « lien suffisant » ; elles sont en revanche incohérentes dans la mesure où elles acceptent judicieusement que la présence du demandeur constitue un tel lien (n° 3 a), alors qu'elles définissent ce lien uniquement par rapport au « litige » (n° 1). On dit aussi que la présence d'un patrimoine ou de comptes bancaires offre un ancrage satisfaisant pour un tel for subsidiaire²⁶¹ ; cependant, cela est loin d'être évident en pratique, étant donné que les avoirs recherchés sont souvent cachés dans plusieurs pays ou dans des montages financiers complexes. Une autre préoccupation doit encore être mentionnée à cet égard : lorsqu'aucune juridiction n'est raisonnablement accessible en pays étrangers, faudrait-il alors que le for saisi décline sa compétence lorsqu'il n'est en présence d'aucun « lien suffisant » ? Cette conséquence doit être évitée, car elle correspond dans son résultat à ce que la victime n'aura accès à aucun for²⁶². C'est

²⁵⁷ Art. 3 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

²⁵⁸ Art. 3136 du Code civil.

²⁵⁹ Arrêt du 22 mai 2007 (4C.379/2006), *Rev.crit.*, 2008, p. 273, critiqué par Rétornaz et Volders, *op.cit.*, *Rev.crit.*, 2008, p. 238 s. ; Geisser, *op.cit.*, pp. 317-320. L'arrêt est d'autant plus étonnant du fait que le gouvernement suisse a saisi les comptes bancaires de l'ancien dictateur afin d'en remettre le solde aux autorités tunisiennes.

²⁶⁰ *Anvil Mining Ltd. c. Association canadienne contre l'impunité*, 2012 QCCA 117.

²⁶¹ Pour M. Bogdan, le lieu du patrimoine devrait être retenu exclusivement pour fonder la compétence. Cet avis est resté isolé dans la Commission.

²⁶² On notera que le rapport à l'origine de la Résolution de Sofia n'examine pas la question de la compétence universelle civile. Les projets qui ont été mis en discussion

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

également dans ce sens que se dirigera l'évolution au sein de l'Union européenne dans la mesure où il sera donné effet à la Résolution du Parlement européen exigeant des initiatives résolues en vue d'améliorer l'accès à la justice des victimes de violations des droits de l'homme liées aux activités d'entreprises en dehors de l'Union ainsi que pour donner aux victimes de ces violations les moyens d'obtenir réparation²⁶³. Or, si l'exigence de « liens suffisants » était posée, cet objectif ne pourrait être atteint.

C. Le for universel subsidiaire

190. Les Etats étant souverains dans la détermination de l'accès à leurs juridictions, sous réserve des traités, la consécration d'un régime de compétence universelle présente l'avantage que l'on doit pouvoir le définir de manière à ce que la solution reste attachée à l'obligation des Etats telle qu'elle résulte du droit international. Celui-ci leur impose un devoir de ne pas fermer l'accès des victimes à leurs tribunaux si un tel refus devait avoir pour effet de priver celles-ci de leur droit à la réparation et, par ricochet, de protéger l'agresseur qui pourrait alors tirer profit d'un tel vide juridictionnel. Cela appelle un certain nombre de précisions.

191. La pertinence de la compétence universelle civile se révèle lorsque le for dont la saisine est envisagée n'est pas un for ordinairement compétent pour connaître d'une demande fondée sur un acte illicite, qui comprend la violation du droit de la victime à la dignité humaine. Un Etat peut ne pas connaître un concept tel que le for de nécessité et ne prévoir aucun autre for susceptible d'assurer l'accueil aux demandes des victimes. La notion de compétence universelle civile entre alors en jeu. Elle le fait cependant également lorsqu'un Etat connaît de tels fors de « sauvegarde » en cas de déni de justice ; son rôle consiste à en déterminer le contenu, en tout ou en partie, dans la mesure de sa pertinence d'après le droit international.

192. S'agissant de ce champ d'effectivité, il convient de définir les critères précisant la *subsidiarité* de cette compétence. Cette notion peut être concrétisée à l'aide des concepts de « liens » et d'« intérêt », qui sont courants en droit international privé. Cependant, il n'y a pas lieu de vouloir en définir le contenu avec de nombreux détails. Car leur identification et l'appréciation de leur pertinence doivent se faire en

en vue d'être retenus dans l'espace judiciaire européen n'ont pas non plus été ciblés en fonction de cette perspective ; cf. Bonfanti, *op.cit.*, *RDIPP*, 2011, p. 710 s.

²⁶³ Résolution du Parlement européen du 12 mars 2015 concernant le rapport annuel 2013 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et la politique de l'Union européenne en la matière (P8_TA(2015)0076), par. 106.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

tenant compte des circonstances du cas particulier et de la nature et des disponibilités des juridictions concernées. Il conviendra dès lors de retenir le principe que la compétence universelle civile doit être admise dans un Etat lorsqu'il est établi qu'*aucun* autre Etat n'a des *intérêts prépondérants* pour connaître de la demande, en raison des liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'avec les faits et les circonstances pertinents²⁶⁴. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de définir quels liens ou intérêts doivent exister avec l'Etat du for ; cet élément de la réflexion est absorbé par l'exigence des « intérêts prépondérants ».

193. A cette première hypothèse, il convient d'ajouter une seconde : par rapport à un crime de droit international commis dans un pays et impliquant des auteurs et des victimes se trouvant sur le territoire d'autres pays, soit lors de l'infraction déjà, soit postérieurement, il s'avère souvent que plusieurs Etats peuvent entrer en ligne de compte pour rendre leurs tribunaux disponibles afin de connaître des demandes des victimes. Conformément au principe de la subsidiarité, il convient alors de faire prévaloir la compétence des tribunaux d'autres Etats, s'il est vérifié que ceux-ci représentent des intérêts jugés prépondérants par rapport à ceux de l'Etat dans lequel le for compétent est envisagé. Cela rappelle de nombreuses affaires, jugées notamment par des tribunaux américains, dans lesquelles, faute d'un intérêt spécifiquement américain au règlement du litige, les victimes ont été renvoyées à mieux agir devant les tribunaux de leur Etat d'origine, qui est normalement l'Etat où les actes criminels ont été perpétrés. Or, sans contester qu'une telle réponse peut se justifier dans certains cas, il convient de souligner que cela ne devrait être admis qu'à la condition qu'il existe une perspective sérieuse que les demandeurs puissent trouver devant le for étranger un tribunal disposé à en connaître et à les traiter à travers un procès mené selon les exigences d'un procès équitable (*due process*).

194. En raison de la multiplicité des situations, il n'y a pas lieu de fournir des explications et directives dépassant le constat que la juridiction étrangère visée connaît un moyen de recours raisonnablement disponible et effectif²⁶⁵. Ainsi que l'observe judicieusement M. Audit, cette notion

²⁶⁴ Cf., de même, Thorn, *op.cit.*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, tome 44, pp. 323-325, rappelant le parallélisme avec le for de nécessité, qui doit être admis si l'action ne peut être intentée devant les tribunaux de l'Etat responsable ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit, ce qui comprend l'hypothèse où aucune indemnisation ne peut être escomptée en vertu du droit applicable, sous réserve cependant d'un mécanisme de réparation convenu en droit international.

²⁶⁵ Cela d'autant plus que le respect du *due process* concerne également la partie défenderesse. Lorsqu'il s'agit d'un individu, en particulier, la défense de ses intérêts devant le tribunal choisi par les victimes peut parfois être difficile à supporter, surtout

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

relève en définitive du droit international qui constitue le fondement de la compétence universelle ; il n'empêche que des modalités pratiques liées à la mise en œuvre de ce droit dans un procès doivent être pris en compte. Les victimes ont droit à un recours effectif. Ainsi que le rappellent les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011²⁶⁶, cela signifie que les Etats doivent veiller à réduire les obstacles juridiques (n° 26), et ce en particulier, selon le commentaire, lorsque « les requérants s'exposent au déni de justice dans un Etat d'accueil et ne peuvent pas accéder aux tribunaux des Etats d'origine quel que soit le bien-fondé de la plainte ». Pour être reconnus comme des mécanismes de réparation appropriés, il est ajouté dans le même commentaire que cela « dépend de leur impartialité, de leur intégrité et de leur capacité à garantir une procédure régulière ». Les hypothèses de fraude et de corruption sont ainsi implicitement visées.

195. Cette exigence doit être examinée avec tous les moyens de preuve disponibles, y compris ceux relevant de l'initiative des juges eux-mêmes. Car la plupart des victimes de ce type d'atteintes ne disposent d'aucune expérience, ni des moyens financiers, pour apporter des éléments probatoires suffisants. Au demeurant, le juge n'est pas seul : il est lié, comme son Etat, par le devoir de coopération associé à une violation d'une obligation *erga omnes* ; il ne devrait donc pas juger trop sommairement qu'il existe dans l'Etat étranger du lieu du crime, par exemple, une juridiction accessible aux demandes des victimes, sans se servir des canaux de communication à sa disposition afin de s'assurer de l'exactitude d'une telle information. Au demeurant, on ne saurait exiger une preuve stricte, normalement impossible à fournir. Aussi serait-il excessif d'exiger des victimes d'avoir épuisé préalablement les recours internes en soi accessibles. Le tribunal saisi devra décider eu égard au caractère vraisemblable des éléments de fait à sa disposition et décider souverainement en fonction de la nature et de la gravité du préjudice subi²⁶⁷. Cela dit, on ne saurait négliger la vérification de ces critères et de

du point de vue des charges financières, tandis que de tels inconvénients peuvent ne pas se manifester, le cas échéant, devant un for étranger. On mentionnera également le problème de la *notification* des actes judiciaires aux agresseurs, qui adoptent très souvent un comportement fugitif ; cf. Kessedjian, *op.cit.*, *Travaux*, 2002-2004, p. 163 s.

²⁶⁶ A/HRC/17/31.

²⁶⁷ Certes, l'examen de ces questions peut s'avérer délicat dans certains cas. Ce n'est pas une raison pour supprimer la condition y relative, qui est cruciale pour assurer la subsidiarité de la compétence universelle. Contrairement à ce que soutient Lady Fox dans ses observations, un tribunal national est apte à vérifier l'accès à un for étranger. Au demeurant, il s'agit de l'exercice d'une fonction judiciaire. Tout en admettant le risque d'une certaine subjectivité, qui inspire une hésitation à M. Kazazi, l'on ne peut faire mieux

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

l'intérêt des victimes au for choisi par elles, au moins *prima facie*, afin d'éviter qu'un tribunal soit saisi de prétentions frauduleuses ou motivées politiquement²⁶⁸.

196. On a relevé, par ailleurs, les implications politiques ou diplomatiques de certains procès mettant en cause des représentants de gouvernements qui sont encore en place et avec lesquels il convient de rester en bons termes, ne serait-ce que pour continuer à y extraire des matières premières ou profiter du coût insignifiant de la main-d'œuvre. Cependant, à supposer que de telles objections se révèlent être d'un poids suffisamment lourd pour rendre un procès civil entamé par les victimes incompatible avec les intérêts gouvernementaux, réels ou prétendus, ce n'est pas une raison pour empêcher tout procès de profiter d'une compétence universelle. Il suffit, au cas où une telle hypothèse se vérifie, qu'une exception puisse être retenue, sur requête du gouvernement invoquant ses préoccupations de politique étrangère²⁶⁹. La juridiction saisie en jugera en suivant ses propres convictions²⁷⁰. Une telle éventualité se place loin de la suggestion de M. Lagarde de subordonner l'exercice d'une compétence universelle à une autorisation donnée dans le cas particulier par les autorités de l'Etat dont relève le tribunal saisi.

197. Lors de l'examen de l'éventuel accès des victimes à une juridiction d'un autre Etat, des questions relatives à la *loi applicable* peuvent se poser. Il convient d'évoquer ici celles qui touchent au fondement, voire à la viabilité des demandes. Il serait en effet désastreux de renvoyer les victimes « à mieux agir » à l'étranger si, devant le for étranger, il n'y a pas de perspective de se voir accorder une réparation appropriée et effective. Il est certain que la compétence universelle civile ne devrait pas être déclinée s'il était établi que devant le for étranger d'un Etat ayant en principe un intérêt prépondérant à juger des demandes, celles-ci n'ont aucune chance de prospérer en raison des règles de droit applicables. Cela concerne en premier lieu la définition du cas de violation du droit en tant que fondement d'une action en dommages-intérêts. La définition de

que de statuer le principe applicable en droit international et de s'en remettre à l'application effective par les juridictions nationales et, mieux encore, par les législateurs.

²⁶⁸ Leval, *op.cit.*, *Yale Journal of International Law*, 2013, p. 241.

²⁶⁹ Leval, *op.cit.*, *Yale Journal of International Law*, 2013, pp. 239, 241.

²⁷⁰ On rappellera à cet égard la Résolution de l'Institut de Milan (1993) sur *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, constatant que « rien ne devrait s'opposer à ce que les juridictions nationales sollicitent l'avis du pouvoir exécutif à condition que cette consultation soit dépourvue d'effets contraignants » (art. 1, par. 3), et précisant que ces juridictions, lorsqu'elles sont appelées à en juger, « ne devraient pas refuser d'exercer leur compétence en raison de la nature politique de la question si cet exercice est soumis à une règle de droit international » (art. 2).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

l'illicéité ne doit pas dépendre uniquement du droit national, avec le risque que les comportements incriminés ne soient pas jugés illicites en droit civil. Le droit des victimes à la réparation de leur préjudice est un droit reconnu en droit international et dès lors devenu un principe d'ordre public que les Etats doivent respecter²⁷¹. La transformation en droit interne est certes nécessaire, mais elle ne doit pas porter atteinte au principe de réparation et à son effet utile, ni dans le droit de fond de l'Etat concerné ni en vertu d'une loi étrangère désignée par les règles de conflit de lois de cet Etat. Le fondement en droit international ne permet pas non plus de modérer la pertinence de cet ordre public en fonction des liens de l'espèce avec l'Etat du for. De surcroît, la consécration de l'illicéité de l'acte consistant en un crime de droit international rend obsolète la recherche d'une loi nationale applicable à l'établissement d'un cas de responsabilité civile²⁷². En conséquence, un renvoi du litige devant la juridiction d'un Etat étranger n'a pas lieu d'être si cet Etat méconnaît ce principe d'ordre public.

198. En deuxième lieu, il serait préjudiciable aux intérêts légitimes des victimes de les inciter, voire les condamner, à se pourvoir ailleurs, devant une autre juridiction, si, devant les tribunaux alors compétents, l'action civile se heurte à des obstacles dirimants, telle la prescription. Ainsi que les Principes fondamentaux et directives de 2005 le constatent, la prescription ne s'applique pas aux violations du droit international commises à travers un crime de droit international, en précisant toutefois que tel est le cas « lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit » (paragraphe 6)²⁷³. Dans l'hypothèse où un délai de prescription s'applique néanmoins en vertu d'un droit national, il conviendrait d'admettre tout au moins que ce délai ne court pas pendant la période où la victime ne dispose pas d'un accès effectif à un moyen de recours.

199. En troisième lieu, il conviendra de s'assurer que le jugement qui sera rendu en faveur des victimes représente une réparation « effective ». Cela

²⁷¹ « The law of nations applies throughout the world, which is why it is called the law of nations. », Leval, *op.cit.*, *Yale Journal of International Law*, 2013, p. 247.

²⁷² Cf. Halfmeier, *op.cit.*, *RabelsZ*, 2004, p. 679 s. ; Moran, *op.cit.*, *Torture as Tort*, p. 668.

²⁷³ Pour un tel traité, cf. Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, *Nations Unies, Recueil des traités*, vol. 754, n° 10823, p. 77. La Suisse n'ayant pas ratifié ce traité, ni aucun autre, le Tribunal fédéral suisse a déclaré prescrite la demande dirigée par la *Gipsy International Recognition and Compensation Action* contre *IBM*, fondée sur l'allégation que l'entreprise défenderesse aurait livré aux Allemands des machines de perforation servant à leur activité criminelle pendant la guerre ; *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 132 III 661 ss (arrêt du 14 août 2006).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

implique tout d'abord que le procès puisse aboutir dans des délais raisonnables, même s'il implique des victimes en très grand nombre. Aussi faut-il que les parties agissent dans la logique du renvoi devant un tribunal étranger, mieux placé pour juger des demandes. Cela signifie en particulier que la partie défenderesse qui est normalement à l'origine de ce renvoi accepte la juridiction du tribunal étranger concerné, renonçant du même coup à soulever une exception d'incompétence, que ce soit devant ce tribunal ou ultérieurement, au stade de l'exequatur.

200. Une fois rendu, le jugement doit pouvoir être exécuté dans le pays du for ou dans un autre pays. Le droit d'accès des victimes à la justice n'a de sens, en effet, qu'à la condition qu'il existe une perspective que les jugements rendus puissent s'appliquer effectivement et, notamment, devenir exécutoires à l'encontre des défendeurs, auteurs ou complices des atrocités commises. L'une des branches du procès équitable est en effet le *droit à l'effectivité des décisions de justice*, ce qui suppose leur *exécution*²⁷⁴. On ne retiendrait donc pas des fors sur le territoire de pays où les jugements ne peuvent être exécutés, faute d'un patrimoine saisissable, respectivement d'une sous-capitalisation de la société filiale locale, si, de surcroît, il est établi ou vraisemblable que l'exécution dans un pays étranger s'avère difficile, aléatoire ou impossible. Le droit des victimes à réparation doit être effectif et équitable, objectif qui n'est pas atteint si un jugement doit encore franchir l'obstacle d'un exequatur en pays étranger, avec les aléas que cela comporte. On notera cependant que, parfois, les circonstances sont telles que l'on ne peut faire mieux. Une victime peut dès lors se contenter, dans un premier temps tout au moins, d'avoir obtenu une première satisfaction à travers un jugement constatant son droit à réparation, quitte à courir le risque de voir s'estomper les chances d'en obtenir l'exécution. Compte tenu de ce qui précède, il ne semble pas indispensable d'insérer dans le projet de résolution une mention explicite de la reconnaissance ou de l'exécution des jugements, suggérée par MM. Audit et Lagarde.

201. Si les conditions pour accepter la compétence à titre universel et subsidiaire ne sont pas réalisées, le tribunal saisi devra décider de la manière de procéder. Il pourra, soit décliner sa compétence, rejetant ainsi la demande, soit simplement surseoir à statuer, en attendant de connaître le sort des démarches entreprises dans le pays étranger plus étroitement

²⁷⁴ Ainsi que le constatent les Principes fondamentaux et directives de 2005, l'obligation de réparer le préjudice subi comprend pour l'Etat celle d'« assurer l'exécution des décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères » (par. 17). Le droit des victimes à réparation comprend donc celui d'obtenir l'exécution d'un jugement rendu à cet effet. Toutefois, dans l'hypothèse évoquée dans le texte, il convient de vérifier la réalité pratique de cette perspective.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

concerné par le litige. Cette seconde hypothèse offre une meilleure perspective de revenir au for initialement saisi. S'agissant d'un déclinatoire de compétence fondé sur l'absence d'une compétence universelle imposée par le droit international au for saisi, c'est dans les limites de ce même fondement juridique que doivent s'appliquer des concepts ayant un rôle comparable, tel notamment le *forum non conveniens*²⁷⁵. Ce motif ne se justifie que dans les limites de subsidiarité inhérente à la notion de compétence universelle²⁷⁶. Si celle-ci doit être admise, l'exception de *forum non conveniens* a épuisé ses effets et ne pourra aller plus loin dans le refus d'exercer sa compétence qu'un tribunal serait tenté de prononcer eu égard aux règles de procédure nationales. En effet, dans les Etats où des graves violations des droits de l'homme ont eu lieu, il existe normalement un problème sérieux d'accès à la justice du fait de la complicité des juges ou du mauvais fonctionnement de l'appareil judiciaire. Ainsi, l'expérience des tribunaux québécois montre que presque tous les recours rejetés en vertu du *forum non conveniens* n'ont ensuite été introduits nulle part ailleurs²⁷⁷. Le dessaisissement des tribunaux québécois équivaut en fait à un déni de justice. C'est précisément le résultat que le principe de la compétence universelle tend à éviter.

202. A ces situations, il convient d'ajouter encore celle liée à des demandes en indemnisation soumise ailleurs que devant les tribunaux étatiques. On visera notamment l'hypothèse d'une réclamation d'indemnité devant la Cour pénale internationale ou devant une commission d'indemnisation opérant en vertu d'un acte de droit international. Dans de tels cas, la compétence universelle ne s'impose pas au tribunal civil²⁷⁸.

²⁷⁵ On rappellera que dans sa Résolution de Bruges de 2003 sur *Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs*, l'Institut a constaté, au paragraphe 2, qu'afin de déterminer si les juridictions d'un autre pays constituent clairement un for plus approprié, le tribunal saisi peut tenir compte en particulier : a) du caractère adéquat d'un for alternatif ; b) de la localisation des parties ; c) de la localisation des preuves (témoins et documents) et des procédures permettant de les obtenir ; d) du droit applicable aux questions en cause ; e) des délais de prescription applicables ; f) de l'effectivité et de la possibilité d'exécuter tout jugement au fond.

²⁷⁶ Dans la mesure où ces limites sont observées, il n'y a pas lieu d'exclure totalement la théorie du *forum non conveniens*, comme le suggère Mme Gaudemet-Tallon.

²⁷⁷ Cf. Manirabona, *op.cit.*, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, pp. 444-447, 458.

²⁷⁸ Etant donné que les conditions appropriées dépendent de l'appréciation des circonstances du cas particulier, une règle y relative ne pourrait être rédigée en des termes impératifs, comme le propose M. Lagarde. Aussi paraît-il préférable de ne pas mentionner expressément l'exception de litispendance, comme le suggère Mme Borrás, car ce n'est que l'un parmi d'autres mécanismes de résolution de conflits positifs de compétence. De toute manière, la question ne se pose pas par rapport à la compétence

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

203. Ces derniers exemples donnent lieu au rappel du principe de la prohibition de toute double indemnisation. Il s'agit d'un principe général du droit, souvent mis en évidence dans la jurisprudence internationale et largement consacré dans les droits nationaux. De même, l'indemnisation n'est qu'un mode de réparation parmi d'autres. Parmi ceux-ci, certains sont prioritaires, telle la *restitution*, qui doit rétablir la victime dans la situation originale : ce moyen rend l'indemnisation subsidiaire et, le cas échéant, sans cause, en tout ou en partie. Cependant, cet ordre de pertinence relève du droit de fond et n'a pas d'influence directe sur la détermination de la compétence universelle.

204. En conclusion, compte tenu du souci de concision à la base d'une résolution de l'Institut, la proposition à lui soumettre²⁷⁹ aura la teneur suivante :

- « 1. Un Etat doit accepter la compétence universelle civile de ses tribunaux pour connaître des demandes en réparation des victimes d'un crime international, à condition que :
- a) aucun autre Etat n'a des intérêts prépondérants pour connaître de la demande, en raison des liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'en égard aux faits et circonstances pertinents ; ou
 - b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels intérêts prépondérants, aucun d'eux ne connaît un moyen de recours raisonnablement disponible pour les victimes.
2. Les tribunaux d'un Etat sont considérés comme étant raisonnablement disponibles s'ils sont compétents pour connaître de la demande des victimes dirigée contre les défendeurs et s'ils sont aptes à mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*) et permettant de leur accorder une réparation appropriée et effective.
3. Le tribunal d'un Etat saisi de demandes en réparation des victimes d'un crime international peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant
- a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
 - b) une autorité d'indemnisation créée en vertu du droit international ; ou

universelle, qui est subsidiaire et cède devant la compétence retenue par un autre for à condition que celui-ci offre aux victimes des moyens d'accès suffisants.

²⁷⁹ Ce texte a été modifié légèrement par rapport au projet provisoire en tenant compte, notamment, des observations de MM. McClean et Struycken.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- c) un tribunal d'un autre Etat ayant des intérêts prépondérants au sens du paragraphe 1 et connaissant un moyen de recours raisonnablement disponible pour les victimes. »

D. Compléments de procédure

205. Répondre aux demandes d'indemnisation des victimes signifie également qu'il y a lieu d'instaurer des mécanismes et des procédures permettant de gérer des réclamations présentées par un grand nombre de requérants, représentant des groupes, des classes, voire des masses. D'après les Principes fondamentaux et directives de 2005, les Etats devraient s'efforcer de mettre en place, par-delà l'accès individuel à la justice, « des procédures pour permettre à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation et de recevoir réparation, selon qu'il convient » (paragraphe 13). On mentionnera également la recommandation figurant dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011²⁸⁰, citant parmi les obstacles pratiques à éviter afin de garantir un « recours efficace » les cas dans lesquels « les possibilités qui existent de regrouper les plaintes ou de permettre les procédures de groupe (comme les actions catégorielles et autres procédures en nom collectif) sont insuffisantes ».

206. Au plan international, on constate que les tribunaux sont en principe disposés à allouer des réparations collectives. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a le mérite d'être la pionnière en la matière. L'allocation de réparation en cas de crimes commis sur une large échelle est possible pour la Cour pénale internationale²⁸¹. On a même suggéré que la Cour internationale de Justice, si elle était prête à accueillir plus largement la participation d'Etats invoquant une obligation *erga omnes*, comme l'a proposé l'Institut²⁸², devrait alors envisager l'introduction d'un système contrôlé de *class action*²⁸³.

207. On connaît la propension des plaideurs américains à se servir des possibilités de procéder à travers des *class actions*. Malgré les complexités et les débordements que l'on peut observer, il s'agit sans doute d'un mode de procéder qui répond aux intérêts de victimes dépourvues de toute possibilité de mener un procès à titre individuel. Des procédures de ce type, également appelées « recours collectifs », ne sont pas à examiner dans le présent contexte. Il faut noter cependant qu'elles présentent un intérêt certain pour l'évolution future des systèmes de

²⁸⁰ A/HRC/17/31, n° 26 (commentaire).

²⁸¹ Cf. Kouassi, *op.cit.*, *Vingt ans de justice internationale pénale*, pp. 169, 176.

²⁸² Art. 4 de la Résolution de Cracovie (2005) sur *Les obligations et les droits erga omnes en droit international*. Cf. Gaja, *op.cit.*, *Recueil des cours*, tome 364 (2012), pp. 110-123.

²⁸³ Rosenne, *op.cit.*, *Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, p. 522.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

procédure dans de très nombreux pays hors des Etats-Unis²⁸⁴. Les recommandations adoptées au sein de l'Union européenne servent de bonne illustration²⁸⁵. Il n'y a aucune raison de se montrer réticents à cet égard en ce qui a trait à la gestion des demandes émanant des victimes de crimes internationaux, bien au contraire²⁸⁶. Cela ne doit pas conduire, compte tenu de la complexité de la matière et de la diversité des solutions en droit comparé, à une prise de position spécifique de l'Institut, sauf à formuler une recommandation, en ces termes :

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de crimes internationaux de présenter des demandes de réparation.

208. Enfin, on retiendra un point important. S'il se confirme que le concept de compétence universelle ne permet pas de dégager une obligation des Etats de retenir un ou plusieurs fors déterminés, mais que la réponse consiste plutôt à consacrer une obligation d'éviter un conflit négatif de compétence, dont l'examen nécessite une certaine comparaison des mérites respectifs de la saisine de différents fors en soi disponibles, l'établissement des faits pertinents serait facilité si les tribunaux et autorités concernés étaient disposés à s'engager dans un processus de coopération judiciaire transnationale. Les lignes directrices de Sofia de l'*International Law Association* contiennent à cet égard une série de suggestions, dont l'ambition dépasse largement ce que l'on peut raisonnablement attendre dans la pratique des juridictions internationales et nationales. Il convient de souligner, cependant, que l'on se trouve dans une matière définie par des obligations *erga omnes* qui entraînent certains engagements de la part de tous les Etats. L'un d'eux consiste à *coopérer* à la cessation des actes incriminés et à la protection des victimes. La coopération judiciaire entre très certainement dans ce chapitre.

209. Parmi les facilités d'accès aux tribunaux, il faut compter l'allègement des charges financières d'un procès. Les coûts afférents au dépôt d'une demande peuvent constituer un obstacle pratique au respect

²⁸⁴ Cf. les ouvrages de Nuyts et Hatzimikail (éd.), *op.cit.* ; Strong, *op.cit.* ; Wrbka *et al.* (éd.), *op.cit.* ; Permanent Court of Arbitration (éd.), *op.cit.*

²⁸⁵ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, *JOUE*, 2013, L 201, p. 60.

²⁸⁶ Cf. Holtzmann et Kristjánisdóttir (éd.), *op.cit.*, *passim* ; Oette, *op.cit.*, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, pp. 217-242 ; Stürner, *op.cit.*, *Festschrift für Apostolos Georgiades*, pp. 1299-1314 ; Baumgartner, *op.cit.*, *Washington University Law Quarterly*, 2002, pp. 835-855 ; Kessedjian, *op.cit.*, *Travaux*, 2002-2004, p. 167 s. ; Muir Watt, *op.cit.*, *Revue internationale de droit comparé*, 2003, pp. 883-901.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

d'un moyen de recours efficace, ainsi que cela est constaté dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011²⁸⁷. Certaines pratiques de droit civil rendent l'accès à la justice difficile, voire impossible, en particulier dans des situations vécues par les victimes d'atrocités graves, souvent dans un pays au niveau de vie bas. Les avances de frais exigées d'un demandeur et le risque de devoir payer les frais de justice de la partie défenderesse peuvent s'avérer prohibitifs. Certes, des mécanismes d'assistance judiciaire existent, mais ils ne sont souvent pas suffisants et ils peuvent rendre plus difficile le recours à des avocats spécialisés. La participation de l'avocat au succès de l'action n'est pas admise et si elle l'est, elle ne l'est que de manière très limitée. Sur tous ces points, la pratique américaine est nettement plus accueillante aux plaideurs, qui peuvent compter sur une prise en charge complète des frais nécessaires, avec, en contrepartie, une rétribution substantielle de leurs avocats en cas de succès. L'impact de ces allègements sur la possibilité de soutenir une action en justice et, en fin de compte, sur l'accès au droit de fond lui-même, est considérable. La démonstration a été faite, dans le sens inverse, par le gouvernement britannique, qui a supprimé la possibilité pour le demandeur ayant obtenu gain de cause de pouvoir reporter ses frais de justice sur la partie adverse²⁸⁸ ; le but a été atteint de réduire l'exposition de sociétés britanniques aux actions des victimes de leurs actes à l'étranger. La résolution de l'Institut pourrait utilement recommander un allègement des obstacles pratiques susceptibles de rendre l'accès des victimes à la justice excessivement difficile, voire impossible :

Les Etats devraient prendre des mesures pour limiter autant que possible les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

210. Les victimes sont également mal armées pour présenter les éléments de preuve indispensables au soutien de leur cause. Si l'on s'imagine mal que les pays de droit civil acceptent d'appliquer la maxime d'office ou inquisitoire, on devrait souhaiter un usage plus fréquent de procédés de récolte de preuve à futur, préalables à l'entame du procès au fond. La *pre-trial discovery* de style américain est à cet égard également plus favorable aux intérêts des demandeurs²⁸⁹. Il convient également d'être attentif à la

²⁸⁷ A/HRC/17/31, n° 26, et le commentaire, estimant que de tels coûts doivent être réduits à des niveaux raisonnables, recommandation qui est suivie de celle de lever les difficultés à obtenir une représentation juridique.

²⁸⁸ Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, section 44.

²⁸⁹ Cf. Thomale, *op.cit.*, ZIP, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014, p. 1163 s.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

difficulté de réunir des preuves d'atrocités commises dans des conditions qui ne laissent place à aucune possibilité d'en établir une documentation susceptible d'être présentée dans un procès ultérieur²⁹⁰. Le droit à la vérité, reconnu en tant que droit de l'homme lorsque des crimes internationaux sont en cause, milite en faveur d'une participation active des tribunaux et des Etats concernés, plus largement que ce que l'on connaît d'un procès civil ordinaire. Cependant, il semble inopportun d'insérer un point spécifique sur la question de la preuve dans la résolution, comme le souhaitent Mme Gaudemet-Tallon et M. Kazazi. Il est préférable de se contenter du principe cité ci-dessus qui touche également, quoique très indirectement il est vrai, aux obstacles posés par des exigences excessives en matière de preuve.

VII. La comparaison avec l'immunité des Etats

211. Les actes susceptibles d'être à l'origine d'un litige soumis à une autorité exerçant une compétence universelle peuvent échapper au pouvoir de juridiction de celle-ci pour un motif tiré de l'absence de juridiction *ratione personae* à l'égard de la partie défenderesse, fondé sur son immunité de juridiction. L'absence d'une telle immunité constitue le préalable de l'exercice d'une compétence universelle²⁹¹. Il convient dès lors d'aborder également cette question, importante dans la pratique et souvent cruciale pour les victimes des crimes commis par des Etats, respectivement par leurs agents.

A. L'aperçu d'une jurisprudence rigoureuse

212. L'actualité de la question de l'immunité des Etats est d'autant plus manifeste que des arrêts ont été rendus récemment dans un sens restrictif, voire exclusif, à l'égard d'une exception à l'immunité pour des actes commis *jure imperii* lorsqu'une violation grave des droits humains est en cause (*human rights exception*). Il n'est pas certain que tous les *dicta* de la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)* du 14 février 2002²⁹² et dans l'arrêt

²⁹⁰ Point relevé lors des travaux du Forum régional africain sur les entreprises et les droits de l'homme à Addis-Abeba, du 16 au 18 septembre 2014 (A/HRC/29/28/Add. 2, par. 38).

²⁹¹ On ne reprendra pas ici la controverse sur l'ordre dans lequel la question de la juridiction et celle de l'immunité doivent s'articuler. Les uns estiment que l'exception d'immunité ne présente de l'intérêt qu'après que le tribunal saisi a pu constater sa compétence, tandis que d'autres soutiennent au contraire que l'immunité affecte directement le pouvoir de juridiction et doit donc être tranchée *in limine litis*, si bien qu'au cas où elle est confirmée, aucune procédure judiciaire ne peut encore être entamée, même pas celle sur la vérification du chef de compétence invoqué.

²⁹² C.I.J. *Recueil*, 2002, p. 3 ss, par. 58-61. Il s'agit de l'un des maillons de l'affaire *Hissen Habré* ; cf. Brody, *op.cit.*, *Journal of International Criminal Justice*, 2015, pp. 1-9.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) du 3 février 2012²⁹³ vont représenter pour longtemps l'état du droit international coutumier. Il n'en demeure pas moins que ces arrêts ont empêché des arrêts remarquables, tels ceux rendus par la House of Lords dans le cas *Pinochet*²⁹⁴ et par la Cour de cassation italienne dans le cas *Ferrini*²⁹⁵, de servir de levier vers un affaiblissement de l'immunité de juridiction des Etats. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas ouvert de nouvelles perspectives dans son arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001²⁹⁶. Elle a observé, toutefois, dans deux décisions rendues – respectivement, dans l'affaire *Kalogeropoulou c. Grèce et Allemagne* le 12 décembre 2002²⁹⁷ et dans le cas *Grosz c. France* le 16 juin 2009²⁹⁸ – que cette jurisprudence était fondée sur « la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l'a constaté dans l'affaire *Al-Adsani* précitée, ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur ». Une telle perspective semble cependant s'éloigner à en croire l'arrêt rendu le 14 janvier 2014 dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*²⁹⁹, qui confirme l'arrêt *Al-Adsani*. Il y est noté qu'il existe un soutien émergent en faveur d'une exception en cas de demandes civiles fondées sur des actes de torture, qui pourrait déboucher sur des développements (paragraphe 213) que les Etats contractants sont invités à observer (paragraphe 215). Cependant, le prononcé hostile à toute mise en cause de l'immunité des officiels ayant agis au nom de l'Etat ne laisse rien entrevoir d'une telle évolution, ce d'autant que la Cour européenne s'en remet sans réserve à l'arrêt du 3 février 2012 de la Cour internationale de Justice. Elle en a fait de même dans la décision du 11 juin 2013, déclarant irrecevable la requête des « Mères de Srebrenica » dirigée contre les Pays-Bas, auxquels il était reproché d'avoir accordé l'immunité aux Nations Unies³⁰⁰. Paradoxalement, alors que l'on a évoqué des développements futurs, la jurisprudence ayant l'arrêt de la Cour internationale de Justice pour pilier

²⁹³ C.I.J. *Recueil*, 2012, p. 99 ss, par. 80-97, *ILM*, 2012, p. 569, également reproduit dans Steger, *op.cit.*, p. 154 ss.

²⁹⁴ Chambre des Lords, *Regina c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, (2000) Appeal Cases 147. Cf., par ailleurs, l'arrêt *Habib c. Commonwealth of Australia*, de la Cour fédérale de l'Australie du 25 février 2010 (2010 FCAFC 12), constatant que la *act of state doctrine* est inapplicable lorsque de graves violations du droit international sont alléguées ; cf. Tully, *op.cit.*, *Sydney Law Review*, 2010, pp. 711-721.

²⁹⁵ Arrêt du 11 mars 2004, *RDI*, 2004, p. 539, *ILR*, 128, p. 658.

²⁹⁶ n° 35763/97, *CEDH Recueil*, 2001-XI, p. 79 ss, par. 54-67.

²⁹⁷ n° 59021/00, *CEDH Recueil*, 2002-X, p. 389, *ILR*, 129, p. 537.

²⁹⁸ n° 14717/06.

²⁹⁹ n° 34356/06, *ILM*, 2014, p. 540.

³⁰⁰ n° 65542/12, par. 158, 164.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

aboutit à donner encore plus de poids aux solutions héritées d'une tradition fixant la souveraineté des Etats comme une priorité absolue³⁰¹.

B. L'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*

213. Les commentateurs ont été nombreux à remarquer la rigueur de l'analyse de l'arrêt, qu'on veuille la qualifier de logique, syllogique, formelle ou juridique³⁰². Cependant, à y regarder de plus près, cette rigueur n'est qu'apparente³⁰³. D'autres solutions que celle de l'arrêt pourraient se présenter avec leur propre rigueur. Les points essentiels se trouvent là où la justice a fait ses choix – sans égard au formalisme de la présentation.

1. L'immunité de l'Etat non affectée par les crimes de guerre

214. L'idée d'effacer l'immunité de l'Etat lorsque celui-ci doit faire face aux conséquences de ses crimes internationaux pose à la Cour tout d'abord un « problème de logique » (paragraphe 82). Il ne peut exister, dans cette « logique », un traitement de l'immunité qui serait autre que « préliminaire », étant donné que cette immunité « permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même » (paragraphe 82). Si l'idée avancée par l'Italie était juste, il faudrait d'abord se livrer à un examen de fond pour savoir si l'on est en présence de violations graves du droit international, avant de trancher la question de l'immunité ; le procès au fond aurait lieu avant de juger de son « préalable ». En l'espèce, l'argument semble vide de sens, étant donné que ce point de fond était admis d'emblée par toutes les parties et rappelé par la Cour (paragraphe 52, 94). Si, néanmoins, cette logique était ce qu'on en dit, il ne devrait jamais exister de situation dans laquelle le tribunal examine le fond avant de trancher la question de l'immunité.

215. La réalité judiciaire ne se présente pas en ces termes. En effet, dans des hypothèses touchant à une compétence *ratione materiae*, le juge appelé à statuer préalablement sur sa compétence doit se convaincre que la demande présente – pour le moins *prima facie* – les caractéristiques de

³⁰¹ Cf. Krajewski et Singer, *op.cit.*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2012, p. 29.

³⁰² Cf., notamment, Muir Watt, *op.cit.*, *Rev.crit.*, 2012, pp. 539-552 ; Ciampi, *op.cit.*, *RDI*, 2012, pp. 374-398 ; Serrano, *op.cit.*, *RDIPP*, 2012, pp. 617-646 ; Boschiero, *op.cit.*, *Essays in Honor of Tullio Treves*, pp. 781-824 ; Espósito, *op.cit.*, *JIDS*, 2013, pp. 439-456. ; Kloth et Brunner, *op.cit.*, *Archiv des Völkerrechts*, 2012, pp. 218-243.

³⁰³ On a aussi parlé de « l'illusion de neutralité » entretenue par la Cour (Laval, *op.cit.*, *AFDI*, 2012, p. 148) et d'un « déni de l'indétermination de la norme » (Muir Watt, *op.cit.*, *Rev.crit.*, 2012, p. 549 s.) et dit que « The decision may be shown to be less comprehensive than a first reading might suggest. » (Fox et Webb, *op.cit.*, p. 475.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

la matière qui relève d'une telle compétence³⁰⁴. Il en va de même dans les cas dans lesquels l'immunité de l'Etat, condition de juridiction *ratione personae*, est à son tour assortie d'une délimitation définie *ratione materiae*³⁰⁵. Ainsi, lorsque l'immunité doit s'effacer dans certains litiges portant sur des contrats de travail (tels les cas de l'article 11 de la Convention de 2004 des Nations Unies), le tribunal saisi, avant de trancher l'exception d'immunité, doit d'abord considérer le fond pour s'assurer qu'il est bien en présence d'une demande portée contre l'Etat employeur justifiant une dérogation à son immunité. C'est encore la *nature* du rapport de droit litigieux, question directement liée au fond, qui détermine, de l'avis quasi-unanime, si, en l'espèce, l'acte allégué relève du domaine du *jure gestionis* ou non³⁰⁶. Le « problème de logique » ne se pose donc pas dans les termes présentés par l'arrêt³⁰⁷. De toute manière, la Cour ne semble pas en être entièrement convaincue non plus, puisqu'elle enchaîne en disant qu'elle « doit néanmoins rechercher si le droit international coutumier a évolué au point d'interdire à un Etat de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés » (paragraphe 83). La conclusion de cette analyse, on le sait, est catégoriquement négative (paragraphe 91).

216. Lorsque l'on observe les précédents et les instruments de droit international examinés par la Cour, on peut hésiter. En effet, parmi les jurisprudences citées, à l'exception d'un arrêt canadien et d'un autre de la Nouvelle Zélande, toutes sont d'origine européenne (paragraphe 85)³⁰⁸. Le fait qu'aucune limitation, du genre de celles invoquées par l'Italie, n'ait été retenue dans la Convention des Nations Unies a sans doute pesé lourd dans la balance (paragraphe 89). En revanche, il n'est pas mentionné que l'immunité de l'Etat et de ses agents ne peut être invoquée devant les juridictions pénales internationales. Cela semble s'expliquer

³⁰⁴ La détermination de l'objet du différend peut conduire la Cour à un examen préalable de la même nature, lorsqu'il s'agit de savoir si les parties ont consenti mutuellement à la compétence de la Cour, ainsi dans l'arrêt relatif à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, du 4 juin 2008, *C.I.J. Recueil*, 2008, p. 177 ss, par. 67-95.

³⁰⁵ Cf. Conforti, *op.cit.*, *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 138.

³⁰⁶ Cf., également, Laval, *op.cit.*, *AFDI*, 2012, p. 157, 168, estimant que la présentation de la Cour s'accommode mal avec la doctrine de l'immunité relative ; de même, Ciampi, *op.cit.*, *RDI*, 2012, p. 385.

³⁰⁷ Cf., par ailleurs, sur le problème général de l'exercice de cette compétence de la compétence, l'opinion individuelle de la Juge Higgins dans l'arrêt rendu le 6 novembre 2003 dans l'affaire des *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil*, 2003, p. 161 ss, par. 27-36.

³⁰⁸ La décision rendue au Royaume-Uni dans l'affaire *Pinochet* n'est pas jugée pertinente (par. 87).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

par l'observation faite dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* que ces solutions ne révéleraient pas l'existence, en droit international coutumier, d'une exception similaire en ce qui concerne les juridictions nationales (paragraphe 58). Toutefois, cela resterait à vérifier³⁰⁹. Car il semble peu cohérent, voire contradictoire, de constater la volonté des Etats de soutenir la répression des crimes aux droits de l'homme devant les tribunaux pénaux internationaux et d'affirmer que cette volonté politique ne révélerait aucune intention de préserver les mêmes valeurs devant les juridictions nationales³¹⁰. Toutes les initiatives se développant en faveur de mécanismes de responsabilité directement accessibles aux victimes de violations de droit international ne seraient pas l'expression d'une pratique des Etats et d'une *opinio juris* également répercutée au sein des Etats individuellement³¹¹ ? Lorsque le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie explique, dans son arrêt *Furundzija*³¹², que les dispositions de son statut (article 7) sont « indisputably declaratory of customary international law », il s'agirait d'un droit international coutumier sans impact à l'égard de chaque Etat ?

2. *Le débat sur la supériorité du jus cogens*

217. Quasiment les mêmes jurisprudences, surtout européennes, soutiennent le rejet de l'argument qu'il existerait une supériorité normative de la prohibition des crimes graves en droit international, fondée sur sa qualité de *jus cogens*, qui tiendrait l'immunité des Etats en échec (paragraphe 96). La Cour aurait pu en rester là. Elle a préféré s'engager dans une analyse normative des principes en jeu, certes rigoureuse et cohérente en elle-même, mais sans adresser directement la question essentielle de l'accès des victimes à la justice.

218. En effet, les deux corps de règles en jeu, celles relatives au *jus cogens* et celles sur l'immunité, appartiennent à des catégories juridiques différentes qui n'ont aucun rapport entre elles. Dès lors, il ne peut exister un conflit entre elles. L'idée d'une éventuelle supériorité de l'une de ces

³⁰⁹ On relèvera, en effet, que l'arrêt (par. 55) cite l'arrêt *Plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte)* du 3 juin 1985, *C.I.J. Recueil*, 1985, p. 13 ss, constatant que pour rechercher la substance du droit international coutumier, « les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant » (par. 27).

³¹⁰ Par ailleurs, une distinction selon le caractère pénal ou civil de la procédure ne serait pas décisive, étant donné que plusieurs des tribunaux internationaux et notamment la Cour pénale internationale disposent d'une compétence comprenant la réparation due aux victimes (art. 75 du Statut de Rome).

³¹¹ Cf. Muir Watt, *op.cit.*, *Rev.crit.*, 2012, p. 551 ; Zuppi, *op.cit.*, *Europäische Integration und Globalisierung*, pp. 658-660.

³¹² *Prosecutor c. Anto Furundzija*, affaire IT-95-17/1-T (1998), n° 140, *ILM*, 1999, p. 317.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

catégories de règles sur l'autre est dépourvue de toute pertinence. Encore faut-il cependant que soit défini le critère de délimitation entre ces deux catégories, critère qui confère à celles-ci leur autonomie par rapport à chacune d'elles. La Cour le trouve dans la « nature procédurale » des règles régissant l'immunité de l'Etat ; ces règles « se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite » (paragraphe 58, 93). La notion de procédure sert ici de véhicule pour un raisonnement dont la justification n'est pas énoncée. En effet, cette notion n'a pas un contenu déterminé en droit international coutumier ; elle est tributaire des droits nationaux, dont on sait bien qu'ils sont très variés à cet égard. Elle est utilisée pour se démarquer du *jus cogens* qui, lui, comporterait uniquement des « règles de nature matérielle » (paragraphe 95), telles les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé (paragraphe 93).

219. En apparence, l'argument ne manque pas de force. Il sert cependant uniquement à isoler les règles du *jus cogens* par rapport à celles sur l'immunité de l'Etat. En effet, les règles sur la portée et l'étendue de la juridiction ne dérogent pas au *jus cogens* et celui-ci ne contient « rien d'intrinsèque » qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application (paragraphe 95). La Cour constate ainsi que l'argument tiré de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats a été écarté par les tribunaux de plusieurs Etats et par la Cour européenne des droits de l'homme (paragraphe 96). En réalité, c'est un faux débat, car l'immunité restreint, certes, l'accès des justiciables aux tribunaux³¹³, mais cet accès ne relève pas du *jus cogens*³¹⁴. Suivant une autre expression, celui-ci consacre la règle primaire de l'interdiction de la torture et d'autres atrocités, mais il ne contient pas la règle secondaire sur les remèdes de procédure au cas où de tels actes ont eu lieu³¹⁵. Inutile d'insister pour faire dire à une notion ce qu'elle n'est pas censée dire³¹⁶.

³¹³ Comme l'arrêt le remarque par ailleurs, l'immunité « permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même » (par. 82).

³¹⁴ Cf. d'Argent, *op.cit.*, p. 801 ; Stern, *op.cit.*, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, pp. 544-546.

³¹⁵ Cf. Tomuschat, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010-11, p. 1138 ; *idem*, *op.cit.*, *RGDIP*, 2005, pp. 57-63.

³¹⁶ Comme le fait Espósito, *op.cit.*, *Italian Yearbook of International Law*, 2011, pp. 161-174.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

220. L'arrêt fait implicitement allusion au vrai problème, cependant sans poursuivre une analyse qui reste cantonnée à la prétendue supériorité du *jus cogens*. Il est dit, en effet, qu'il n'existerait aucun conflit non plus si les règles de l'immunité de l'Etat étaient comparées, non aux règles sur le fait illicite initial, mais à l'obligation de réparation. Car cette obligation serait indépendante – dit l'arrêt – des règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet. Elle est donc également indépendante du droit de l'immunité de l'Etat qui ne concerne que les secondes (paragraphe 94). L'arrêt ajoute une comparaison avec une pratique séculaire des traités de paix et de règlements d'après guerre qui soit n'exigent pas le versement d'indemnités, soit se contentent du versement d'une somme forfaitaire. On ne saurait donc voir apparaître une règle imposant une indemnisation complète pour chacune des victimes à laquelle il serait interdit de déroger (paragraphe 94 *in fine*). Or, si l'argument est correct, il n'est pas pertinent pour définir la place du *jus cogens*, qui ne connaît précisément pas une telle obligation de réparation en tant que norme impérative de droit international.

221. Le rapport entre l'obligation de réparer le préjudice subi par les victimes et l'immunité de l'Etat responsable des atrocités commises est en effet un problème à part, qu'il aurait fallu examiner pour lui-même, indépendamment de la place réservée au *jus cogens*. Car l'interdiction de commettre des crimes graves de droit international fait encore partie du droit international général ou coutumier, sans égard à sa qualité de *jus cogens*. Elle est complétée par une obligation de l'Etat responsable de réparer le préjudice subi par les victimes. A cette obligation est associée celle de mettre des moyens à disposition afin de rendre cette réparation effective. Or, dans certains cas, seul l'accès individuel de la victime à une juridiction compétente permet d'assurer l'octroi effectif d'un tel droit.

222. Dans une telle hypothèse, comment articuler ce droit par rapport à l'immunité de l'Etat dont la responsabilité est en cause ? Car le conflit se présente bel et bien, entre le droit matériel de la victime à une réparation et l'immunité réclamée par l'Etat défendeur. On peut certes faire valoir que la question de l'immunité, relevant de la « procédure », serait à trancher préalablement, avant le fond (paragraphe 82). Il est tout aussi certain, cependant, qu'au cas où l'immunité est accordée, il n'y a pas de juridiction à laquelle la victime puisse accéder pour faire valoir son droit, sauf dans l'hypothèse, illusoire en l'espèce, d'un for disponible dans l'Etat responsable des crimes commis ou d'un règlement global convenu entre les Etats concernés. Le conflit entre le refus d'accéder au tribunal pour cause d'immunité et l'accès à la justice afin d'obtenir son droit est direct, les deux positions étant clairement antinomiques. L'arrêt de la

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Cour n'y répond pas : il constate que l'immunité de l'Etat n'affecte pas le *jus cogens* et règle ainsi un conflit dont il est dit qu'il n'existerait pas, mais il ne règle pas le conflit qui se présente, à niveau égal, entre le droit d'accès des victimes à la justice pour faire répondre l'Etat de ces crimes internationaux, d'une part, et l'immunité invoquée par cet Etat, d'autre part³¹⁷.

223. La même lacune apparaît dans les jurisprudences citées, dont la Cour explique qu'elles auraient écarté l'idée de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats, et ce chaque fois « après un examen attentif » (paragraphe 96). Or, les arrêts cités sont peu explicites sur la réponse du droit international au conflit entre l'accès des victimes à la justice en cas de crimes internationaux en tant que composant indispensable de leur droit à réparation, d'une part, et la défense de l'Etat invoquant son immunité, d'autre part. Il y aurait eu d'autant plus de raison de prêter quelque attention à ce conflit de normes de droit international eu égard à la pratique des Etats au soutien des tribunaux internationaux ayant pour mission de juger les criminels de guerre et de donner ainsi au moins indirectement une certaine satisfaction aux victimes. Pour la Cour, par contre, l'ordre des valeurs doit se présenter dans le sens inverse. Il n'est pas certain que cela représente le droit international coutumier pour longtemps encore, dès lors que la pratique internationale et l'*opinio juris* soutiennent avec force la mise en place de juridictions internationales dont l'action ne peut être paralysée par des Etats invoquant leur immunité³¹⁸.

224. Le regard strictement conceptuel a obscurci le regard sur une autre manière de voir le poids du *jus cogens* dans ce contexte. En effet, même si cette notion ne renferme pas en elle-même, *per se*, une exception à l'immunité d'Etat, les règles qui en font partie s'imposent aux Etats avec des effets plus contraignants que les règles du droit international en général. A ce titre, elles disposent d'une force normative qui l'emporte sur les règles sur l'immunité des Etats. Qu'il soit considéré comme nul, annulable ou inexistant, l'acte qui viole le *jus cogens* n'a pas de titre pour

³¹⁷ On observera que l'affirmation selon laquelle « l'obligation de réparation est une règle qui existe indépendamment des règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet » (par. 94) répond uniquement à l'idée que cette obligation pourrait, en tant que règle appartenant au *jus cogens*, entrer en conflit avec le droit sur l'immunité de l'Etat. Eu égard au contexte dans lequel elle apparaît dans l'arrêt, elle n'entend pas dire que cette obligation ne pourrait pas entrer en conflit avec l'immunité indépendamment de cette qualification, étant donné que l'arrêt n'aborde pas la question sous cet angle-là.

³¹⁸ Le but principal de ces tribunaux consiste précisément, depuis le tribunal militaire de Nuremberg, à s'assurer que les anciens fonctionnaires de ces Etats assument leur responsabilité. Cf. Stern, *op.cit.*, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, pp. 512-515.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

exister en droit international. Il ne peut donc jouir d'une protection, même résiduelle, sous couvert du principe de la souveraineté ou de celui de l'immunité de l'Etat. C'est ainsi qu'il faut comprendre les décisions plus récentes qui persistent à opposer la prohibition de crimes internationaux du rang du *jus cogens* à l'immunité invoquée par ceux qui les ont commis, tels l'arrêt rendu dans l'affaire *Samantar* par la Cour d'appel du 4^e circuit du 2 novembre 2012³¹⁹ et l'arrêt *Nezzar* du Tribunal pénal fédéral suisse du 25 juillet 2012³²⁰. Quant à la Cour de cassation italienne, elle a exprimé sa perplexité devant l'arrêt de la Cour de La Haye, qu'elle s'est résignée à respecter³²¹. La Cour constitutionnelle italienne, en revanche, a tranché avec éclat en déclarant contraire à la Constitution la loi italienne ordonnant aux tribunaux italiens de respecter l'arrêt de la Cour internationale de Justice. Depuis cet arrêt n° 238 du 22 octobre 2014³²², ces tribunaux peuvent faire prévaloir les droits des victimes de graves atteintes aux droits de l'homme sur l'immunité d'un Etat étranger qui n'entend pas assumer sa responsabilité en droit international.

3. *L'immunité de l'Etat jusqu'à ne laisser aux victimes aucun accès à la justice ?*

225. L'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* fait grand cas du principe que la question de savoir si un Etat peut jouir de l'immunité devant les juridictions d'un autre Etat est « entièrement distincte » de celle de savoir si la responsabilité internationale de cet Etat est engagée et si une obligation de réparation lui incombe (paragraphe 100)³²³. Or, dès le

³¹⁹ 699 F.3d 763 (4th Cir. 2012), concluant par ces termes : « Because this case involves acts that violated *jus cogens norms*, including torture, extrajudicial killings and prolonged arbitrary imprisonment of politically and ethnically disfavoured groups, we conclude that Samantar is not entitled to conduct based official immunity under the common law, which in this area incorporates international law. » La demande de *certiori* a été rejetée par la Cour suprême.

³²⁰ *Arrêts du Tribunal pénal fédéral suisse* 2012 p. 97 ss, *RSDIE*, 2014, p. 118, constatant qu'il « serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*) pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, *ab initio*, toute ouverture d'enquête. » (considérant 5.4.3). Cf. Pedretti, *op.cit.*, *Recht*, 2013, pp. 182-194 ; Wuerth, *op.cit.*, *RSDIE*, 2013, pp. 207-223.

³²¹ Arrêts du 9 août 2012 (n° 32139) et du 21 février 2013 (n° 4284), *RDIPP*, 2012, p. 775, et 2013, p. 793.

³²² *RDI*, 2015, p. 237.

³²³ Cela rejoint la « différence fondamentale » que la Cour met en évidence « entre, d'une part, l'existence et la force contraignante d'obligations résultant du droit international et, d'autre part, l'existence d'une cour ou d'un tribunal compétent pour résoudre des différends relatifs au respect de ces obligations. » – Arrêt du 26 février 2007 sur

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

moment où on se demande comment cette responsabilité peut être engagée concrètement, on s'aperçoit que la rigueur de l'affirmation s'évapore devant les réalités de ce processus. L'arrêt n'affirme-t-il pas que « l'immunité de juridiction permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même » (paragraphe 82) ? Dès lors, en effet, si l'immunité est accordée, l'Etat en tire l'avantage de ne pas voir sa responsabilité engagée devant le tribunal saisi dans un autre Etat. Ces deux choses ne sont donc pas aussi « entièrement distinctes » comme l'arrêt les présente. On y lit également qu'il fallait distinguer entre l'obligation de réparation et les « moyens par lesquels il doit lui être donné effet », étant donné que l'immunité de l'Etat ne concerne que ces moyens et non l'obligation au fond en tant que telle (paragraphe 94). La Cour admet donc que l'immunité de l'Etat peut avoir pour conséquence qu'il ne soit pas donné « effet » à l'obligation de réparation (sans mettre en cause l'existence de celle-ci). Or, si une telle obligation de l'Etat est dépourvue de tout effet, cela signifie que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée. Et si l'exception d'immunité en est la cause, ces deux aspects sont loin d'être « entièrement distincts ».

226. Une distinction est néanmoins à faire et le renvoi qui est fait à l'arrêt *Mandat d'arrêt* permet de l'illustrer. Dans cet arrêt, il est souligné que l'immunité de juridiction accordée à un ministre des Affaires étrangères en exercice ne signifie pas que celui-ci est au bénéfice d'une impunité au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelque que soit leur gravité (paragraphe 60). Et l'arrêt d'expliquer que ce bénéfice tombe dans certaines circonstances, lorsqu'un tel ministre est traduit devant les juridictions de son propre pays, que son Etat décide de lever l'immunité, qu'il a cessé d'occuper sa fonction officielle (notamment pour les actes commis avant ou après cette période), ou qu'il fait l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales (paragraphe 61). Or, aucune de ces hypothèses ne peut s'appliquer ou être transposée au cas des victimes italiennes qui ont saisi les tribunaux italiens après avoir été exclues de tout régime de réparation en Allemagne³²⁴. Alors que l'immunité accordée dans l'arrêt *Mandat d'arrêt*

l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro), C.I.J. Recueil, 2007, p. 43 ss, par. 148.

³²⁴ Il n'y a donc aucune place pour suggérer que les victimes aillent chercher la justice en Allemagne, comme le pense Verhoeven, *op.cit.*, *Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, pp. 531-534. Ainsi que l'auteur le remarque, certains l'ont fait, sans succès (p. 532) ; il n'y avait donc aucune raison de demander aux autres se trouvant dans la même situation de le faire encore. Ainsi que l'on peut le lire dans l'arrêt de la Cour (par. 98), l'Allemagne n'a pas contesté que des victimes n'aient pas pu obtenir réparation de la part des autorités allemandes, et elle n'a pas suggéré que d'autres puissent encore suivre la même voie.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

laissait plusieurs options ouvertes afin d'éviter que les crimes prétendument commis par un ministre échappent à toute punition, dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, l'immunité accordée à l'Allemagne ne laissait aucun moyen aux victimes pour obtenir réparation. La Cour ne tire aucune conclusion de cette différence des situations dans ces deux arrêts, se bornant à constater que les victimes italiennes pourraient en effet se trouver empêchées d'obtenir une réparation judiciaire, à moins que les deux Etats – maigre consolation – ne veuillent bien entamer de nouvelles négociations (paragraphe 104)³²⁵.

227. Etant donné que l'obligation de réparation rend indispensable un « moyen pour lui donner effet », comme le reconnaît la Cour (paragraphe 94), il aurait fallu s'assurer de la disponibilité d'un tel moyen avant d'éconduire les victimes des juridictions italiennes au motif de l'immunité de l'Etat défendeur. Car sans un tel moyen, l'obligation est impossible à mettre en œuvre, aucune réparation n'étant due, ce qui correspond à la conclusion de l'arrêt (paragraphe 104). La Cour ne parvient pas à résoudre le conflit entre l'affirmation que l'immunité serait une question « entièrement distincte » de celle de l'obligation de réparation incombant à l'Etat (paragraphe 100) et la conclusion que les victimes se trouveront privées de réparation judiciaire (paragraphe 104). Or, en acceptant qu'il existe une obligation de réparation en droit international et que celle-ci ne peut être effective qu'à la condition de rendre disponible aux victimes un moyen pour y parvenir, l'accès à la justice qui constitue un tel moyen se place au rang du droit international général autant que l'immunité de l'Etat. Il n'y a pas de supériorité de l'un sur l'autre. Cela ne permet pas d'ériger d'emblée l'immunité en moyen de défense prioritaire, avec l'effet d'effacer le droit des victimes à ce que justice leur soit rendue³²⁶. En revanche, l'immunité de l'Etat devant les tribunaux de l'Etat des victimes peut l'emporter s'il existe des voies alternatives de protection de celles-ci. Bien qu'ils ne visent pas directement le sort de l'exception d'immunité de l'Etat devant un for étranger, les *Principes fondamentaux et directives* de 2005 auraient pu trouver leur place dans ce débat et fournir un autre reflet de l'*opinio juris*, constatant la nécessité pour les Etats d'assurer aux victimes d'une violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire « l'accès effectif à la justice » (paragraphe 3). Si ce texte n'écarte pas l'immunité par

³²⁵ Paradoxalement, alors que la Cour prend régulièrement grand soin de ne pas mettre en cause des Etats tiers, non parties à la procédure, elle évoque la situation des victimes individuelles alors que celles-ci n'ont aucun accès à la procédure. Cf. Krajewski et Singer, *op.cit.*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2012, p. 32 s.

³²⁶ Cf., en ce sens, Thorn, *op.cit.*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 44, p. 324.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

principe, il lui en retire néanmoins le fondement lorsque, faute d'un moyen alternatif, elle a pour effet de priver les victimes de tout accès effectif à la justice³²⁷.

228. Pour parvenir à une solution acceptable, la Cour aurait dû examiner mieux qu'elle ne l'a fait l'argument de l'Italie selon lequel l'immunité ne saurait être accordée qu'à la condition de l'existence d'une autre voie effective permettant d'obtenir réparation que celle de plaider leur cause devant les tribunaux italiens (argument dit du « dernier recours »)³²⁸. Répondant sommairement à cette objection, la Cour dit ne voir dans la pratique des Etats « aucun élément » permettant d'affirmer une telle solution, sans citer aucune jurisprudence ou de texte de loi nationale. On relèvera tout de même que parmi les arrêts cités par ailleurs par la Cour, il y en a tout au moins deux qui ont procédé à l'examen de cette question³²⁹. En effet, la Cour suprême de la Pologne, après avoir rejeté plusieurs des objections à l'immunité de l'Allemagne, s'est encore demandé si l'immunité allait causer aux demandeurs une restriction disproportionnée à leur droit d'avoir accès à un tribunal, ce qui a été nié au motif que des moyens alternatifs permettant la protection de leurs droits leur étaient accessibles³³⁰. De même, la Cour constitutionnelle de la Slovénie a estimé judicieux et conforme au principe de proportionnalité de retenir l'immunité de juridiction de l'Allemagne, étant donné que le recourant ne sera ainsi pas privé de protection juridique, puisqu'il pouvait se pourvoir devant les tribunaux allemands qui opèrent conformément aux exigences d'un Etat de droit³³¹. Quant aux autres arrêts implicitement évoqués par la

³²⁷ On notera par ailleurs le constat du Comité contre la torture, dans son Observation générale n° 3 du 13 décembre 2012 (postérieur à l'arrêt de la Cour), que le fait d'assurer l'immunité à tout Etat pour des actes de torture ou de mauvais traitements entre « directement en conflit avec l'obligation d'assurer une réparation aux victimes » ; cela permet aux responsables de violations, est-il expliqué, de rester impunis et dénie aux victimes le plein exercice des autres droits garantis par l'article 14 de la Convention de 1984 (CAT/C/GC/3, par. 42).

³²⁸ A suivre l'opinion individuelle du Juge Bennouna (*C.I.J. Recueil*, 2012, p. 172 ss, par. 15, 20, 25) et celle, dissidente, du Juge Yusuf (*C.I.J. Recueil*, 2012, p. 291 ss, par. 42, 53), l'Etat étranger perd le bénéfice de l'immunité lorsqu'il rejette toute mise en cause de sa responsabilité sous quelque forme que ce soit. Le Juge Bennouna en déduit qu'au cas où l'Allemagne refuse d'entamer des négociations en vue d'une satisfaction donnée aux victimes jusqu'alors exclues de tout régime de réparation, il serait légitime que la question de la levée de son immunité puisse être soulevée à nouveau (par. 25).

³²⁹ Comme l'a déjà noté Conforti, *op.cit.*, *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 139. On trouve une mention de ces deux arrêts également dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*, par. 146, 149.

³³⁰ Arrêt du 29 octobre 2010, *Polish Yearbook of International Law*, 2010, p. 299 ss, 303, *IPRax*, 2011, p. 596.

³³¹ Arrêt du 8 mars 2001, Up-13/99, disponible sur le site de la Cour.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Cour, ils ne sont que modérément convaincants sur ce point, étant donné que l'argument n'y est point évoqué et traité.

229. Au demeurant, le droit de l'immunité n'est pas insensible à la possibilité pour une partie qui se voit opposer l'immunité de l'Etat défendeur de trouver ailleurs un accès à la justice. La garantie d'un tel accès constitue en effet l'un des fondements de l'immunité absolue accordée aux *organisations internationales*³³². Certes, l'immunité de ces organisations s'articule dans un contexte différent de l'immunité des Etats et son régime est dès lors également différent. Mais cela n'empêche pas de faire des comparaisons lorsque certaines situations s'avèrent comparables. Ainsi, autant l'immunité de l'Etat laisse intact le droit litigieux au fond, autant l'immunité absolue des organisations internationales ne doit pas rendre le droit de fond illusoire. C'est pour cette raison qu'elle est assortie de la condition préalable de la disponibilité d'un mode de règlement des litiges, tant au plan interne (s'agissant des employés) que dans les relations externes (avec les tiers commerçants, notamment)³³³. Au lieu d'affirmer simplement que l'immunité de l'Etat laisse intact le droit matériel litigieux, comme le fait l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (paragraphe 100), il serait parfaitement compatible avec le principe de protection de l'Etat devant les juridictions d'un autre Etat d'exiger que les demandeurs puissent trouver justice ailleurs, notamment devant les juridictions de l'Etat défendeur lui-même. La situation serait alors comparable à celle des

³³² Cf., en ce sens, les art. 7 à 9 de la Résolution d'Oslo de 1977 sur *Les contrats conclus par les Organisations internationales avec des personnes privées*, ainsi que l'art. 12 de la Résolution de Lisbonne de 1995 sur *Les conséquences juridiques pour les Etats membres de l'inexécution par les organisations internationales de leurs obligations envers les tiers*.

³³³ La question se pose de savoir si l'omission de respecter cette « condition préalable » a pour effet de priver l'organisation de son immunité. La Cour européenne des droits de l'homme y a répondu négativement dans l'affaire des « Mères de Srebrenica », protégeant l'immunité des Nations Unies malgré le fait que cette organisation n'a pas mis sur pied un mode de règlement des demandes des victimes d'actes de cruauté commis par des troupes opérant sous son mandat. Pour la Cour, la protection de cette immunité fut décidée par les tribunaux des Pays-Bas, auxquels la carence des Nations Unies n'est pas imputable (décision du 11 juin 2013, n° 65542/12, par. 163-165). Il n'empêche que l'approche choisie par les juridictions nationales peut être différente ; cf. Reinisch, *op.cit.*, *International Organizations Law Review*, 2013, pp. 574-587 ; Boisson de Chazournes, *op.cit.*, *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, pp. 292, 299. Dans son arrêt du 17 février 2015, la Cour d'appel de La Haye a ainsi levé l'immunité de juridiction de l'Office européen des brevets dans un litige opposant cette organisation à une partie de ses employés se plaignant d'une violation de leurs droits de grève et d'action collective, garantis notamment par leur droit fondamental d'accès au juge visé à l'art. 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (cas n° 200.141 812/01, ECLI:NL:GHDHA:2015:255).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

parties en litige avec une organisation internationale qui prétend jouir de son immunité. Aussi a-t-on soutenu que la possibilité effective d'un accès à la justice constitue une limite intrinsèque à l'immunité de l'Etat³³⁴. Il paraît étrange qu'une pratique consolidée par rapport aux organisations internationales ne soit pas prise en compte s'agissant de l'immunité des Etats³³⁵.

230. L'argument dit du dernier recours fait implicitement intervenir l'idée de proportionnalité : l'immunité de l'Etat est moins insupportable si justice peut être rendue autrement que devant le for d'un Etat étranger. Or, l'exigence de proportionnalité n'est pas un corps étranger dans le droit de l'immunité des Etats. En observant la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, on constate en effet que celle-ci examine la portée de l'immunité de juridiction en termes de proportionnalité eu égard à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention dans des litiges en matière de contrats de travail, rappelant par ailleurs qu'une limitation du droit de saisir un tribunal ne doit pas restreindre le droit de l'individu d'une manière ou à un point tel qu'il s'en trouve atteint dans sa substance même³³⁶. Elle a rappelé également que les Etats ne peuvent se faire exonérer de toute responsabilité en transférant des compétences à des organisations internationales et en leur accordant des immunités, si la protection des droits fondamentaux selon la Convention s'en trouverait affectée³³⁷. En revanche, elle oppose un refus ferme à l'idée que la même exigence puisse jouer un rôle s'agissant de l'accès à la justice en cas de violations graves des droits de l'homme. Sur ce plan, le respect de l'immunité de l'Etat tel qu'il est commandé par le droit international est inhérent à l'article 6, paragraphe 1, et répond, *per se*, à cette exigence de proportionnalité³³⁸. La sauvegarde d'un accès à la justice de la victime torturée par les agents d'un Etat ou massacrée par des troupes sous mandat des Nations Unies ne rentre pas dans le cadre

³³⁴ Nigro, *op.cit.*, *RDI*, 2013, pp. 824-830.

³³⁵ En ce sens également Conforti, *op.cit.*, *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 140.

³³⁶ Cf., notamment, les arrêts *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, n° 15869/02, par. 54-58 ; *Sabeh El Leil c. France*, 29 juin 2011, n° 34869/05, par. 48-53.

³³⁷ Arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, du 18 février 1999, n° 26083/94, par. 67, *CEDH Recueil*, 1999-I p. 429 ; décision *Chapman c. Belgique*, du 5 mars 2013, n° 39619/06, par. 50.

³³⁸ Arrêt *Jones et al. c. Royaume-Uni*, du 14 janvier 2014, n° 34356/06, par. 186-189. En ce sens déjà la décision du 11 juin 2013 (n° 65542/12), s'agissant de l'immunité des Nations Unies dans l'affaire des *Mères de Srebrenica* (par. 139 (f)).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

d'un tel examen³³⁹. L'inversion des valeurs est patente, et la cohérence de l'argumentation difficile à cerner³⁴⁰.

231. La Cour internationale de Justice estime que l'application de pareille condition, si elle existait, serait en pratique extrêmement difficile ; l'affaire dont elle était saisie lui sert d'illustration, étant donné que les réclamations en cause auraient fait l'objet de discussions approfondies entre les gouvernements allemand et italien (paragraphe 102). L'exemple semble être mal choisi, car les négociations avec l'Italie ont pris fin en 1961 déjà, par la conclusion de deux accords, qui n'ont cependant pas mis fin au différend³⁴¹ ; celui-ci est réapparu lors de la création en 2000 de la fondation « Mémoire, Responsabilité et Avenir »³⁴² dont les prestations étaient cependant inaccessibles aux internés militaires italiens, comme les tribunaux allemands l'ont confirmé³⁴³.

232. De surcroît, il serait douteux – dit la Cour – que des tribunaux civils puissent évaluer correctement si des négociations en cours présentent des perspectives de succès ou non. Cependant, sans nier l'existence d'un tel problème, celui-ci ne se présente pas dans des termes aussi simples. Car, d'un côté, le juge peut surseoir à statuer en attendant que les négociateurs parviennent à des résultats concrets et, de l'autre côté, le fait qu'une autorité judiciaire ait été saisie ne sera pas sans influence sur l'avancement des tractations. Il conviendra de régler les modalités de l'interaction entre le tribunal et les parties engagées dans une telle négociation. Cela n'est pas impossible au point qu'il faudra protéger l'Etat responsable en lui accordant l'immunité, privant ainsi l'Etat national des victimes d'un soutien pour leur venir à l'aide par la voie de la protection diplomatique.

233. Enfin, si un règlement forfaitaire a été effectué, conformément à une pratique suivie fréquemment, l'arrêt explique qu'il serait difficile pour un organe judiciaire de savoir quelle part a été versée à chaque victime individuelle, afin de déterminer pour quelle part les intéressés seraient encore autorisés à intenter une action à l'encontre de l'Etat débiteur

³³⁹ Ainsi, l'argumentation du requérant, dans l'affaire *Jones*, que l'immunité accordée à l'Arabie Saoudite devant les tribunaux britanniques le priverait complètement de tout accès à un tribunal civil (par. 167) n'est pas examinée par la Cour européenne dans son arrêt du 14 janvier 2014 (cf. par. 186-215).

³⁴⁰ Cf. les critiques de Nigro, *op.cit.*, *RDI*, 2013, pp. 830-846 ; Vrellis, *op.cit.*, *Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, pp. 631-641.

³⁴¹ Cf. les par. 24 et 25 de l'arrêt. Le premier accord du 2 juin 1961 n'était applicable qu'aux réclamations alors déjà pendantes (ainsi que le rappelle également l'arrêt du 9 août 2012 de la Cour de cassation italienne, *RDIPP*, 2012, pp. 775 ss, 778), tandis que le second accord, entré en vigueur le 31 juillet 1963, visait uniquement les ressortissants italiens persécutés « en raison de leur race, croyance ou idéologie ».

³⁴² « Erinnerung, Verantwortung und Zukunft », *Bundesgesetzblatt*, 2000, I, p. 1263.

³⁴³ Cf. les par. 21-26, 108, de l'arrêt, ainsi que Steger, *op.cit.*, pp. 3-21.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

(paragraphe 102). Ce dernier exemple apparaît également bien maladroit. Car si un accord est intervenu entre gouvernements, par le canal de la protection diplomatique, une prestation forfaitaire a eu lieu, combinée (ce que l'arrêt ne dit pas) avec une clause de renonciation à toute réclamation ultérieure. A partir de là, les victimes ne peuvent plus s'en prendre à l'Etat responsable des atrocités subies ; si une réparation est encore litigieuse, il s'agit d'une question de pur droit interne par rapport à l'Etat ayant pris en charge la représentation des intérêts de ses nationaux. Au demeurant, si la réparation convenue se prête à être individualisée, le montant accordé à l'Etat dans l'exercice de sa protection diplomatique doit revenir aux victimes, ainsi que la Cour l'a rappelé dans son arrêt du 19 juin 2012 dans l'affaire *Diallo*³⁴⁴.

234. On a pu noter que la Cour n'inclut pas dans ses arguments les difficultés pratiques soulevées devant des juridictions civiles chargées d'examiner les demandes présentées par des victimes en très grand nombre. A l'appui de l'immunité de l'Allemagne, il a été soutenu que ses juridictions ne seraient pas en mesure de redresser des « situations of mass injustice » créées lors de conflits armés, dont la résolution devait être réservée à des régimes de réparation collective convenus entre les Etats concernés³⁴⁵. Si l'on se place dans la « logique » prônée par la Cour, un tel argument aurait rendu nécessaire un examen du fond, portant notamment sur l'ampleur des demandes, ce qui cadre mal avec le principe que l'immunité serait à trancher préliminairement en tant que question de procédure. D'ailleurs, si un tel examen avait été décisif, il n'est pas certain qu'il aurait permis d'affirmer l'immunité de l'Allemagne dans le conflit dont la Cour était saisie. En effet, il ne s'agissait pas d'un règlement de l'ensemble des horreurs subies lors de la guerre de 1939-1945, mais d'une catégorie définie de ressortissants italiens déportés en Allemagne et contraints aux travaux forcés, dont le nombre est de l'ordre de quelques milliers (paragraphe 26). Leurs revendications auraient été satisfaites si elles avaient pu être incluses dans le mode de répartition des prestations mis sur pied à travers une fondation créée à cet effet. On ne voit donc pas à quelle difficulté insurmontable les tribunaux italiens auraient pu se heurter s'il leur était demandé de condamner l'Allemagne à faire bénéficier les victimes italiennes des prestations de cette fondation ou d'une indemnisation comparable.

³⁴⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 19 juin 2012, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 324 ss, par. 57.

³⁴⁵ Tomuschat, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010-11, pp. 1120 s., 1131 s.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

235. Par ailleurs, l'argumentation évoquant les difficultés en liaison avec des négociations interétatiques en cours tombe à faux lorsque de tels pourparlers n'ont jamais eu lieu. Certes, la Cour n'était pas, ou très indirectement, saisie du cas de la Grèce. Il n'empêche qu'il faudra également se demander comment le raisonnement de l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* pourra être transposé aux revendications des descendants des 218 villageois massacrés à *Distomo*. Dans cette affaire, les démarches devant les tribunaux allemands ont échoués³⁴⁶ et il n'y a point eu de négociation susceptible d'inférer avec un quelconque règlement judiciaire. De plus, on est manifestement loin d'une situation que l'on pourrait qualifier de *mass claim*.

236. En arrivant à ce stade du raisonnement, l'arrêt laisse un vide. Certes, la Cour était saisie d'un différend entre deux Etats résultant d'un conflit armé. L'arrêt n'offre pas de réponse nette en ce sens que son raisonnement serait strictement cantonné à une telle hypothèse³⁴⁷. En admettant que tel soit le cas, il convient néanmoins de constater qu'un conflit armé peut dégénérer en des atrocités commises à une échelle réduite, dans des cas de torture, par exemple. La difficulté pratique consistant à vérifier la réalité ou la probabilité d'un mode alternatif et effectif de résolution du litige engagé par les victimes est alors maîtrisable. Dans de tels cas, l'immunité de l'Etat tortionnaire ou de ses agents serait-elle encore préservée ?

237. Au demeurant, avant de lancer que des « situations de mass claim » seraient impossibles à gérer par des tribunaux, encore faudrait-il procéder à un examen sérieux permettant de constater, ou de nier, que tel soit effectivement le cas dans un conflit donné. La gravité des torts subis lors de conflits armés ou autres générant des atrocités à grande échelle peut être un facteur puissant pour surmonter l'optique traditionnelle de conflits judiciaires opposant uniquement quelques parties. Comment monter l'épouvantail d'un « uncoordinated clutter of individual suits », représentant la « worst of all possible solutions »³⁴⁸, alors que des

³⁴⁶ Cf. von Unger, *op.cit.*, pp. 199-232. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation de Grèce, cf. *ILR*, 129, p. 513.

³⁴⁷ Sauf en ce qui concerne les considérants relatifs à « l'exception territoriale » (par. 62-79).

³⁴⁸ Cf. Tomuschat, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010-11, p. 1140. L'auteur craint de voir se présenter des demandeurs individuels sans limite de temps et sans coordination, déclenchant une ruée sur les avoirs saisissables de l'Etat défendeur (p. 1132). Or, de telles situations sont connues dans le domaine commercial également, dans les limites de la prescription ; pourquoi l'Etat étranger devrait-il en être exempté alors que ses crimes comptent parmi les pires atrocités ? Au demeurant, l'Etat national des victimes peut instaurer des moyens obligeant les victimes à agir par des actions de groupe.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

règlements de l'ordre de la « masse » sont possibles et ont été expérimentés, sans être parfaits ? Dans la *Holocaust Victim Assets Litigation*, des survivants et leurs héritiers étaient au nombre de presque un demi-million à présenter des requêtes et à recevoir une indemnisation³⁴⁹. Devant la justice néerlandaise, l'association des « Mères de Srebrenica » représente des milliers de mères et veuves des victimes du massacre qui a fait 8000 morts en juillet 1995 en Bosnie. Voudra-t-on les éconduire au motif que cela représente une masse de dossiers impossible à gérer ?

238. La Commission des compensations des Nations Unies créée en 1991 à la suite de la guerre en Iraq a traité 2,7 millions de dossiers³⁵⁰. Elle a servi de modèle à la Commission établie en 2000 par un traité entre l'Ethiopie et l'Erythrée sous l'égide des Nations Unies. Un nombre respectable d'autres procédures de ce type ont eu lieu. On a pu observer que l'une d'elles concerne un arbitrage du CIRDI³⁵¹. Certes, dans ces procédures de règlement, l'immunité de l'Etat n'est pas en jeu. Mais la faisabilité de tels mécanismes de résolution de *mass claims* est avérée. Elle ne laisse aucune place à un argument tendant à accorder l'immunité au motif que de telles procédures seraient ingérables. Leur existence montre qu'il est également faux d'affirmer que faute d'une juridiction supranationale, seule la voie de la négociation entre Etats, respectivement de la protection diplomatique soit la bonne. Car pour les victimes, tributaires de la volonté politique des Etats, cette voie est trop souvent une voie sans issue.

239. En examinant de plus près la thèse avancée sur ce point, c'est moins la gestion d'une masse de procédures qui gêne, mais surtout le fait même que des victimes par millions ou leurs survivants puissent encore, des décennies plus tard, venir réclamer des compensations et raviver les souvenirs d'une guerre menée avec une violence inouïe³⁵². Deux réponses peuvent être données. En premier lieu, à supposer que ce danger soit réel, ce n'est pas un raisonnement qui monte l'immunité de l'Etat en barricade

³⁴⁹ Cf. Buergenthal, *op.cit.*, *ICSID Review*, 2000, pp. 301-321 ; Beauchamp, *op.cit.*, *The Journal of World Investment*, 2002, p. 999-1035 ; Gribetz et Reig, *op.cit.*, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, pp. 115-142.

³⁵⁰ Pour Tomuschat, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010-11, p. 1132, cette Commission illustre l'hypothèse d'un organe qui peut donner satisfaction ; il s'agirait d'un bon exemple de la manière de mettre en place un mécanisme viable ; de même Tomuschat, *op.cit.*, *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, p. 839.

³⁵¹ *Abaclat et al. c. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *ILM*, 2013, p. 671. Cf. Rosenfeld, *op.cit.*, *JIDS*, 2013, pp. 159-174 ; Strong, *op.cit.*, *The Journal of Corporate Law*, 2013, pp. 259-324.

³⁵² Tomuschat, *op.cit.*, *RGDIP*, 2005, p. 71 s.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

infranchissable qui apporte une réponse adéquate. Car si ce phénomène de masse constitue le problème, encore faudrait-il n'accorder l'immunité que dans ces cas là, ce que personne ne suggère. Si cet argument était sérieux, il ne justifierait en aucun cas que l'immunité l'emporte également lorsque le nombre et la fréquence des demandes d'indemnisation sont parfaitement maîtrisables. Les procès que l'on craint sont gênants en raison de leur substance et non parce qu'ils seraient impossibles à gérer.

240. En second lieu, les accords de paix, d'indemnisation ou de réconciliation prévoient normalement des clauses de renonciation à des indemnisations réclamées ultérieurement, que ce soit par l'Etat ou par ses nationaux ; ceux-ci sont ainsi forclos à rouvrir des litiges³⁵³. Cela laisse sans solution des demandes d'indemnisation venant de victimes d'Etats n'ayant pas conclu du tout un tel arrangement (le cas de la Grèce) ou n'ayant pas englobé l'ensemble des victimes dans un accord négocié avec l'Etat à l'origine des torts commis (le cas de l'Italie)³⁵⁴. Si de telles lacunes de réparation apparaissent ultérieurement, il semble normal d'admettre qu'il convient d'y faire face, ce d'autant que les Etats concernés tiennent les clés en mains pour procéder à un règlement global et final, ce qu'ils feront d'autant plus sachant que des procédures civiles risquent d'être engagées ou sont en cours³⁵⁵. C'est ce qui s'est produit lorsque le gouvernement allemand, avec le soutien de l'industrie allemande, a procédé en 2000 à la mise sur pied et au financement d'une fondation gérant l'indemnisation des victimes qui ont entamé des procès aux Etats-Unis dès 1998 ou qui s'apprêtaient à le faire. L'immunité de l'Etat n'a pas été, et ne doit pas être, un moyen pour faire barrage à de telles revendications.

4. *Quel avenir pour l'immunité de l'Etat confronté à ses crimes ?*

241. L'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* semble faire de l'immunité un rempart insurmontable pour les victimes d'atrocités constitutives de crimes en droit international. Il n'est pas certain, cependant, que le manque de sensibilité de la Cour face au respect élémentaire de la dignité humaine puisse convaincre la communauté internationale et son *opinio juris*, moralement et juridiquement. L'on ne pourra pas éviter de devoir répondre au conflit qui se manifeste entre une protection sans borne de l'immunité des Etats et la mise en œuvre

³⁵³ Il n'est donc pas question de mettre à l'écart rétroactivement de tels accords, comme l'ont pensé Kolb et Jardim Oliveira, *op.cit.*, *RSDIE*, 2013, p. 255, et Tomuschat, *op.cit.*, *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, p. 96 s.

³⁵⁴ Cf. Bucher, *op.cit.*, *RSDIE*, 2014, p. 567-570.

³⁵⁵ Cf. Bothe, *op.cit.*, *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, p. 110.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

effective de la responsabilité de droit international des Etats pour les crimes commis. Le droit international ne pourra pas se contenter, compte tenu de la gravité des enjeux et, notamment, des souffrances subies, d'un renvoi des victimes à des négociations impliquant les seuls Etats, pour lesquelles il n'existe plus aucune incitation sérieuse.³⁵⁶

242. Il conviendrait ainsi de préserver l'immunité des Etats de telle manière que le droit d'accès à la justice soit assuré conformément au droit international. On rappellera à cet égard que l'obligation de réparation ainsi mise en application n'implique pas nécessairement une indemnisation complète, contrairement à quelques indications que l'on peut trouver dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*³⁵⁷. Cette indemnisation doit être appropriée³⁵⁸. Elle peut être attribuée par une juridiction civile ou arbitrale, mais également par un organe spécialement mis sur pied à cet effet, telle une commission d'indemnisation. Elle peut être arrêtée d'un commun accord entre les Etats concernés, et ce le plus souvent moyennant une renonciation globale à toute réclamation future, qu'elle soit collective ou individuelle.

243. Le droit international de nos jours semble donc consacrer le principe de l'immunité de juridiction de l'Etat même dans les cas où l'Etat est confronté à des demandes en indemnisation des victimes de crimes internationaux commis sous sa responsabilité.

244. Cependant, il semble également possible de constater que l'état du droit international n'est pas aussi certain quant à sa protection de l'immunité s'il n'existe point pour les victimes un moyen alternatif de résolution du litige, autre que devant les juridictions de leur Etat national. L'incertitude tient au fait que l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* nie, certes, une telle dérogation à l'immunité de l'Etat, mais cela sans examiner dans toutes ses dimensions le conflit réel qui se manifeste entre ce moyen de défense et l'accès à la justice que le droit international garantit aux victimes de crimes graves en droit international. Le fait que les juridictions pénales internationales et celles disposant par ailleurs d'une compétence pour juger des effets de droit civil des violations des

³⁵⁶ De même, comment peut-on rester immobile et suggérer simplement que l'immunité pourrait être écartée lorsqu'un jour, il existera une « communauté internationale d'Etats de droit », suivant Krieger, *op.cit.*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, tome 46, pp. 254, 257 ? Ne doit-on pas constater que cette communauté existe bel et bien par rapport aux crimes internationaux, universellement condamnés, qui sont au centre du débat, et que les Etats concernés par l'affaire tranchée par la Cour internationale de Justice sont tous des Etats de droit ?

³⁵⁷ Cf. la partie finale des par. 94 et 102.

³⁵⁸ Affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 19 juin 2012, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 324 ss, par. 25, 33.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

droits de l'homme n'ont pas à tenir compte de l'immunité des Etats est un signe dans le sens de l'évolution de l'*opinio juris* de la communauté internationale qui tend à faire prévaloir la protection de la dignité humaine des victimes davantage que le respect de l'égalité souveraine des Etats.³⁵⁹

245. La question peut également se présenter sous un autre jour si on la place sous un faisceau politique différent de celui du respect des droits de l'homme. En effet, si l'arrêt de la Cour a pu soulever des contestations principalement parmi ceux que l'on appelle très (trop) souvent des *human rights activists*, les milieux gouvernementaux risquent d'être sensibilisés bien davantage si l'arrêt était présenté comme un soutien au *terrorisme*, dont on sait qu'il est animé par quelques Etats et leurs dirigeants. Au regard de l'arrêt de la Cour, ceux-ci n'auront pas à craindre une *human rights exception* devant les juridictions étrangères de l'Etat de leurs victimes. Au Canada, on a compris la leçon et modifié le 13 mars 2012 déjà la loi sur l'immunité des Etats afin de priver les Etats ayant soutenu le terrorisme du bénéfice de l'immunité de juridiction³⁶⁰. La règle modèle du *United States Foreign Sovereign Immunities Act*³⁶¹ n'est donc plus isolée comme elle l'était encore pour la Cour (paragraphe 88). Verra-t-on un jour la Cour internationale de Justice statuer que la *terrorist exception* ne serait pas conforme au droit international général ?

C. Quel rôle pour l'Institut ?

246. L'Institut a fait de l'immunité des Etats et de leurs agents un thème pour des débats et résolutions à plusieurs reprises, traité en dernier lieu lors de la session de Naples de 2009, qui a débouché sur la Résolution sur *l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux*³⁶². Cette résolution rappelle, certes, l'immunité de juridiction dont un Etat peut « le cas échéant » se prévaloir même dans une affaire civile mettant en cause un crime international commis par l'un de ses agents (article IV), mais elle retient également que « les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation auxquelles ont droit les victimes des crimes visés par la présente résolution » (article II paragraphe 2, 2^{ème} phrase). Si cette conclusion peut paraître bien mince, il en est une autre qui est particulièrement importante, car elle proclame que

³⁵⁹ En revanche, on ne se contentera pas de la suggestion, utopique, de la création de nouveaux tribunaux internationaux devant lesquels l'immunité ne pourra être invoquée, suivant Ziegler, *op.cit.*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, tome 46, p. 280 s.

³⁶⁰ Art. 6.1, L.R.C. 1985, ch. S-18.

³⁶¹ 28 U.S.C. 1605A.

³⁶² *Annuaire*, Session de Naples, tome 73 (2009), p. 228.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

par rapport aux individus ayant accomplis des actes en exerçant leur fonction d'agent de l'Etat, hors l'immunité personnelle, « aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux » (article III(1) 1)³⁶³. Par ailleurs, la résolution constate que l'immunité personnelle de l'agent agissant pour l'Etat prend fin au terme de la fonction ou de la mission de son bénéficiaire (article III, paragraphe 2).

247. Sur ce dernier point, l'appel de l'Institut ne semble pas avoir été entendu. Dans son arrêt rendu le 14 janvier 2014 dans l'affaire *Jones*, la Cour européenne des droits de l'homme déclare qu'il n'y a point lieu de faire une distinction entre l'immunité de l'Etat et celle de ses agents. L'immunité de l'agent est celle de l'Etat lui-même (paragraphe 200, 203). Elle est invoquée par l'Etat et elle peut être levée par lui (paragraphe 200). L'immunité de l'Etat ne doit pas être contournée par l'action dirigée contre ses agents (paragraphe 202, 213)³⁶⁴. S'agissant de la résolution de l'Institut, il est certes noté qu'elle invite les Etats à lever l'immunité de leurs agents lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes internationaux et qu'aucune immunité de juridiction *ratione materiae* leur est applicable ; il est cependant également observé que l'Institut n'a pas voulu préjuger de l'application de l'immunité de juridiction dont l'Etat peut se prévaloir devant les tribunaux d'un autre Etat (paragraphe 209). Or, cette réserve a dû affaiblir la portée de la résolution en ce qui concerne les agents de l'Etat, étant donné que, pour la Cour européenne, l'immunité de l'Etat comprend celle de ses agents.

248. Dans le préambule de sa Résolution de Naples, l'Institut s'est dit désireux de contribuer à la solution du conflit « latent » entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part. Il a rappelé que « la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales est un des moyens d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective ». Par contre, on a pu constater à la lecture de l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, que la Cour internationale de Justice estime sans pertinence l'examen du rapport entre l'immunité et le devoir de réparation effective, allant jusqu'à nier l'existence d'un conflit entre le refus de l'Etat responsable de faire face à ses victimes dans un procès et le droit légitime des victimes à une réparation compensant leurs souffrances. Le droit international de l'immunité semble figé. On se plaît à citer la Convention des Nations

³⁶³ Cf., sur la genèse de cette règle et son importance, Salmon, *op.cit.*, *Revue belge de droit international*, 2009, pp. 316-343.

³⁶⁴ Il est fait référence à l'art. 2(1)(b)(iv) de la Convention des Nations Unies de 2004 qui inclut les représentants de l'Etat agissant en cette capacité dans la définition de l'Etat.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Unies de 2004 et ses travaux préparatoires comme un reflet de la pensée de la communauté internationale, voire du droit international coutumier ; encore faudrait-il modérer le propos au regard du fait que cet instrument n'a pas recueilli le nombre de ratifications suffisant pour entrer en vigueur. L'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* marque par sa rigueur, certes, mais il ne peut tromper l'observateur attentif sur la pauvreté en valeurs humaines de son raisonnement. Même si l'on veut suivre la Cour et conserver l'idée que les crimes internationaux comptent parmi les actes de souveraineté³⁶⁵, comment est-ce possible de conserver à leur égard la locution « *jure* » en tant que qualificatif de l'exercice « *imperii* » du pouvoir de l'Etat ? Comment supporter l'idée qu'un crime prohibé par le droit international puisse compter parmi les actes de la puissance publique protégés par l'immunité d'Etat³⁶⁶ ? N'est-il pas, non seulement contradictoire et absurde, mais également choquant au regard du respect dû à la dignité humaine de qualifier des *delicti imperii* comme étant commis *jure imperii*³⁶⁷ ? La communauté internationale est dans l'attente de progrès. Cela suppose cependant un mouvement d'une force suffisante pour faire accepter que le principe de la souveraineté des Etats doit faire face, tôt ou tard, à certaines exigences fondamentales de la communauté internationale ayant trait, en particulier, au respect de la dignité humaine et à la responsabilisation des Etats à l'égard de leurs faits internationalement illicites.

249. On peut hésiter à recommander que le sujet de l'immunité des Etats et de leurs agents soit repris par l'Institut en vue d'un nouveau débat et, au mieux, d'une nouvelle résolution, qui devrait aller au-delà des conclusions de Naples. Il n'est pas certain que les temps soient mûrs pour cela, ce d'autant qu'il faudrait inclure dans la réflexion l'idée que l'Institut pourrait se trouver amenée à constater que l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ne constitue pas le reflet du droit international coutumier si celui-ci était compris dans un esprit plus respectueux envers

³⁶⁵ Il est vrai que la Cour le fait avec la nuance signifiant simplement que ces crimes « doivent être appréciés au regard du droit régissant l'exercice du pouvoir souverain » (par. 60) – ce que l'on peut précisément se demander s'agissant d'actes qui ne font manifestement pas partie de ce domaine du droit si l'on tient compte de leur contrariété avec le *jus cogens*.

³⁶⁶ Cf., parmi d'autres, Douglas, *op.cit.*, *BYIL*, 2011, pp. 321-330, 342.

³⁶⁷ Cf. l'opinion dissidente du Juge Canção Trindade, par. 177-184, 220, 306, rappelant l'impossibilité de classer les crimes de droit international dans les catégories d'actes *juri imperii* ou *juri gestionis*. Plus fondamentalement, il n'a jamais été démontré que l'immunité de l'Etat devait être destinée à préserver l'Etat responsable de crimes graves devant la justice (par. 199-203).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

le sort des victimes de crimes internationaux et d'atrocités similaires³⁶⁸. Il convient d'observer également que des travaux relatifs à des projets d'articles sur le thème voisin de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat sont en cours au sein de la Commission du droit international³⁶⁹. Enfin, l'immunité des organisations internationales confrontées aux préjudices causés par leurs activités incompatibles avec les droits de l'homme devrait également être réexaminée³⁷⁰.

250. La Commission entend saisir l'Institut de la question. Convierait-il que l'Institut en traite, au moins partiellement et en marge de son sujet principal sur la compétence universelle civile ? Les deux thèmes sont indiscutablement liés. L'une des options pourrait consister à simplement rappeler les positions déjà prises par l'Institut par le passé, notamment à travers sa Résolution de Naples, en ces termes :

« Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation à laquelle ont droit les victimes des crimes visés par la présente résolution. » (article II paragraphe 2, 2^{ème} phrase)

« Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of crimes addressed by this Resolution are entitled. »

251. Cependant, il n'est pas dans les habitudes de l'Institut de répéter ses précédentes résolutions, sous réserve de quelques exceptions. De plus, insister une nouvelle fois ne semble pas approprié, peu de temps après l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*.

252. Cet arrêt suggère cependant une autre option, consistant à exprimer uniquement le principe que la Cour internationale de Justice approuve, à

³⁶⁸ Cela suppose que des questions délicates ne soient pas éludées. On devra faire face à l'absurdité, mise en évidence par le Juge dissident Cançado Trindade (*C.I.J. Recueil*, 2012, p. 179 ss, par. 239), consistant à se passer de l'immunité lorsque cela arrange les bonnes relations commerciales avec les Etats étrangers, mais de mettre ceux-ci à l'abri de toute poursuite judiciaire lorsque leurs crimes les plus abominables sont en cause, sous prétexte de l'égalité des souverainetés, comme si un Etat ayant adopté un tel comportement mérite encore d'être traité par la communauté internationale à la même enseigne que les Etats respectueux de la dignité humaine. Aussi conviendra-t-il de réagir autrement que par le silence à l'appel lancé par les Juges Higgins, Kooijmans et Buergethal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* de veiller à « assurer la stabilité des rapports internationaux autrement que par l'impunité des responsables de violations majeures des droits de l'homme » (opinion individuelle commune, *C.I.J. Recueil*, 2002, pp. 63-90, 64, par. 5).

³⁶⁹ Cf. les rapports de la Commission du droit international : 63^{ème} session 2011, A/66/10, pp. 229-248, 64^{ème} session 2012, A/67/10, pp. 96-107, 65^{ème} session 2013, A/68/10, p. 50-72, 66^{ème} session 2014, A/69/10, pp. 237-246.

³⁷⁰ Pavoni, *op.cit.*, *Hierarchy in International Law*, pp. 70-113.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

savoir que la responsabilité de l'Etat auteur de crimes de droit international reste entière malgré l'immunité qu'il est en droit d'invoquer devant un for étranger. Dès lors que la Cour affirme que l'immunité de l'Etat ne met pas en cause cette responsabilité, ce principe pourrait être rappelé, dans des termes proches de ceux de la résolution de Naples, il est vrai, mais sous une forme juridique quelque peu plus explicite, telle celle-ci :

« L'immunité de l'Etat ne doit pas rendre sans effet l'obligation de l'Etat de réparer le préjudice causé aux victimes de crimes internationaux. »

« State immunity shall not deprive of its effects the State's obligation to repair the prejudice caused to victims of international crimes. »

253. L'ambiguïté de l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* réside dans le fait que la Cour n'a pas assuré le respect de son propre principe, puisqu'elle entendait accepter l'immunité de l'Allemagne en sachant qu'il ne restera aux victimes qu'un maigre espoir de nouvelles négociations entre les deux Etats. Cet obstacle sur le chemin d'une meilleure prise en compte des intérêts légitimes des victimes mériterait d'être levé. Parmi les membres de la Commission qui se sont exprimés sur la question dans leurs observations, la grande majorité soutient une prise de position de l'Institut, qui permettra de clarifier le respect du droit fondamental de réparation des victimes d'un crime international, tandis que deux voix s'expriment en sens opposé (Lady Fox, M. McClean). Parmi les opinions positives, les avis sont divisés sur la question de savoir s'il convient de se contenter du rappel du principe ci-dessus énoncé (MM. Bogdan, Gannagé, Mme Pérez Vera) ou de tenter l'adoption d'un texte plus élaboré (Mmes Gaudemet-Tallon, Borrás, MM. Audit, Matscher, Kazazi).

254. Si ce débat était à approfondir dans la perspective d'une position plus explicite, il s'agirait de définir plus affirmativement les situations qui représentent pour les victimes une protection alternative suffisante, de telle sorte qu'il n'y a pas de motif pour renoncer à l'immunité invoquée par l'Etat défendeur. Cette protection consiste à sauvegarder le droit fondamental des victimes de crimes internationaux d'accéder à la justice. Par rapport à la juridiction étrangère saisie d'une action dirigée contre l'Etat responsable, elle prend nécessairement un caractère subsidiaire. Ainsi, l'immunité de cet Etat n'a pas lieu d'être écartée si les victimes disposent d'une possibilité d'accès alternatif aux juridictions de cet Etat sur son territoire. Cela suppose que ces juridictions soient compétentes et que les victimes soient légitimées à agir contre l'Etat ou une entité apte à répondre des réclamations invoquées, et que l'on puisse s'attendre à ce

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

que la justice soit rendue de façon équitable et effective, sans heurter l'ordre public international. Cependant, il n'est pas certain qu'il soit opportun de soumettre à l'Institut une proposition de texte, raison pour laquelle le projet de résolution n'en contient pas³⁷¹.

255. A cela s'ajoute une seconde réserve, touchant au fond du droit à une réparation : si des négociations ont eu lieu au niveau interétatique et qu'elles ont abouti (ou sont sur le point d'aboutir) à des résultats, c'est évidemment dans l'idée que ceux-ci ne puissent pas être éclipsés par des actions individuelles des victimes. Des arrangements ou des mécanismes de rétribution convenus entre les Etats concernés n'engagent pas uniquement les Etats, mais ils ont également pour objectif de lier les victimes, tout au moins dans leurs rapports avec l'Etat ayant accepté de fournir une réparation globale, dont l'individualisation n'est plus de son ressort. Cela est également valable lorsque les montants accordés sont inférieurs à ce que l'on pourrait escompter dans un procès de droit civil ; il en va de même lorsque l'Etat représentant les victimes a renoncé à une indemnisation³⁷². Un tel engagement *a minima* est normalement consolidé par une déclaration réciproque de renoncement à toute future réclamation. Cela signifie nécessairement que les victimes sont également liées et qu'il n'y a pas lieu de songer à une levée de l'immunité.

256. Au demeurant, le thème confié à la Commission I comprend pour une large part des questions d'accès aux juridictions qui sont indépendantes de l'immunité des Etats. Cela est dû à la qualité des personnes responsables qui sont, en grand nombre, des personnes physiques et morales ne jouissant d'aucune immunité. Cela est cependant également dû à l'expérience faite dans les temps récents en ce qui concerne les procès menés contre des anciens officiels étatiques responsables de crimes graves commis lorsqu'ils étaient au pouvoir : très souvent, en effet, l'Etat concerné, ayant changé de gouvernement depuis lors, renonce à invoquer l'immunité de ses anciens agents, désormais hors

³⁷¹ Une règle plus élaborée pourrait être celle-ci : L'immunité de l'Etat ne doit pas pouvoir être invoquée lorsque la demande en réparation de la victime d'un crime international ne peut être portée devant (a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale, (b) une autorité d'indemnisation créée en vertu du droit international, ou (c) un tribunal de l'Etat défendeur qui connaît un moyen de recours raisonnablement disponible pour la victime. – State immunity shall not be invoked when the claim for relief of a victim of an international crime cannot be brought before (a) an international jurisdiction, as the International Criminal Court, (b) an authority providing for indemnification and based on international law, or (c) a court of the defendant State having reasonably available remedies.

³⁷² Cf., en ce sens déjà, Thorn, *op.cit.*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, tome 44, p. 324 s.).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

fonction³⁷³. Dans leur cas, la détermination de la juridiction civile ayant compétence pour connaître des demandes des victimes est la question essentielle.

Mai 2015

VIII. Projet de résolution

L'Institut de droit international,

Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves en droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre, qui constituent tous des atteintes à la dignité humaine ;

Rappelant que la compétence universelle pénale est un moyen de prévenir ces crimes et de mettre fin à leur impunité, tel qu'affirmé dans la résolution de Cracovie de 2005 sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ;

Notant que la poursuite des auteurs de crimes internationaux et leur punition n'offrent qu'une satisfaction partielle aux victimes ;

Conscient que la réparation du préjudice subi par les victimes doit être assurée de manière appropriée et effective ;

Considérant que la compétence universelle civile est un moyen d'éviter que les victimes de crimes internationaux soient privées de l'accès à la justice afin d'obtenir la réparation du préjudice subi ;

Rappelant de surcroît que la levée de l'immunité des Etats lors de procédures engagées devant des juridictions nationales est également un moyen d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective ;

Réservant l'examen des questions liées à la présente résolution par rapport aux organisations internationales ;

Adopte la résolution suivante :

Article 1

1. Les victimes de crimes internationaux ayant porté atteinte à leur dignité humaine ont droit à une réparation appropriée et effective du préjudice subi.
2. Elles ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation.

³⁷³ Cf. Wuerth, *op.cit.*, *AJIL*, 2012, pp. 750-759, 763.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Article 2

1. Un Etat doit accepter la compétence universelle civile de ses tribunaux pour connaître des demandes en réparation des victimes d'un crime international, à condition que :

- a) aucun autre Etat n'a des intérêts prépondérants pour connaître de la demande, en raison des liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'eu égard aux faits et aux circonstances pertinents ; ou
- b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels intérêts prépondérants, aucun d'eux ne connaît un moyen de recours raisonnablement disponible pour les victimes.

2. Les tribunaux d'un Etat sont considérés comme étant raisonnablement disponibles s'ils sont compétents pour connaître de la demande des victimes dirigée contre les défendeurs et s'ils sont aptes à mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*) et permettant d'accorder une réparation appropriée et effective.

3. Le tribunal d'un Etat saisi de demandes en réparation des victimes d'un crime international peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant :

- a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
- b) une autorité d'indemnisation créée en vertu du droit international ;
ou
- c) un tribunal d'un autre Etat ayant des intérêts prépondérants au sens du paragraphe 1 et connaissant un moyen de recours raisonnablement disponible pour les victimes.

Article 3

Les Etats devraient prendre des mesures pour limiter autant que possible les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

Article 4

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de crimes internationaux de présenter des demandes de réparation.

Article 5

L'immunité de l'Etat ne doit pas rendre sans effet l'obligation de l'Etat de réparer le préjudice causé aux victimes de crimes internationaux.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Article 6

Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, en particulier au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, le droit d'accès à la justice des victimes de crimes internationaux soit pris en compte.

* * *

The Institute of International Law,

Considering that « international crimes » means serious crimes under international law such as genocide, crimes against humanity, torture and war crimes, all of which affect human dignity;

Recalling that universal criminal jurisdiction is one means of preventing the commission of such crimes and to avoid their impunity, as affirmed in the 2005 Cracow resolution on universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes;

Noting that the prosecution of the authors of international crimes and their punishment provides only a partial satisfaction to the victims;

Conscious that appropriate and effective reparation has to be provided for the harm suffered by the victims;

Considering that universal civil jurisdiction is a means of avoiding the deprivation of the victims of international crimes of access to justice to obtain reparation of the harm suffered;

Recalling further that the removal of State immunity from proceedings in national courts is another means of achieving effective reparation to the victims of international crimes;

Reserving the examination of the matter dealt with in this resolution in respect of international organizations;

Adopts the following resolution:

Article 1

1. Victims of international crimes which affected their human dignity have a right to appropriate and effective reparation.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.

Article 2

1. A State shall accept that its courts have universal civil jurisdiction over claims for relief by victims of an international crime, provided that:
 - a) no other State has stronger interests in respect of the claim, based on its connection with the victims and the defendants and on the relevant facts and circumstances; or

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- b) even though one or more other States have such stronger interests, such victims do not have in the courts of any such other State reasonably available remedies.
2. The courts of a State shall be considered to provide a reasonably available remedy if they have jurisdiction over the defendant and the claims by the victims and if they are capable of dealing with the claim in compliance with the requirements of due process and in providing remedies that afford appropriate and effective redress.
3. The court of a State where claims for relief by victims of an international crime have been brought, may decide to decline to entertain the claims or to suspend the proceedings, in light of the circumstances, when the victims' claims have also been brought before:
- a) an international jurisdiction, as the International Criminal Court;
 - b) an authority providing for indemnification and based on international law; or
 - c) the court of another State having stronger interests within the meaning of paragraph 1 and having reasonably available remedies.

Article 3

States should take measures to minimize the legal and financial obstacles facing victims and their representatives in the course of procedures relating to claims for reparation.

Article 4

States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims of international crimes to present claims for reparation.

Article 5

State immunity shall not deprive of its effects the State's obligation to repair the prejudice caused to victims of international crimes.

Article 6

It is recommended that in the course of the preparation of an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in particular by the Hague Conference on Private International Law, the right to access to justice of the victims of international crimes is taken into account.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Annexe 1 : Projet de résolution selon le rapport provisoire

L'Institut de droit international,

Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves en droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre, qui constituent tous des atteintes à la dignité humaine ;

Rappelant que la compétence universelle pénale est un moyen de prévenir l'impunité des crimes internationaux, tel qu'énoncé dans la résolution de Cracovie de 2005 sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ;

Notant que la poursuite des auteurs de crimes internationaux et leur punition n'offrent qu'une satisfaction partielle aux victimes ;

Conscient que la réparation du préjudice subi par les victimes doit être assurée de manière appropriée et effective ;

Considérant que la compétence universelle civile est un moyen d'éviter que les victimes de crimes internationaux soient privées de l'accès à la justice afin d'obtenir la réparation du préjudice subi ;

Rappelant de surcroît que la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales est également un moyen d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective ;

Adopte la résolution suivante :

Article 1

1. Les victimes de crimes internationaux ayant porté atteinte à leur dignité humaine ont droit à une réparation appropriée et effective du préjudice subi.
2. Elles ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation.

Article 2

1. Un Etat doit accepter la compétence universelle civile de ses tribunaux pour connaître des demandes en réparation des victimes d'un crime international, à condition que :
 - a) aucun autre Etat n'a des intérêts prépondérants pour connaître de la demande, en raison des liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'eu égard aux faits et aux circonstances pertinents ; ou
 - b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels intérêts prépondérants, aucun d'eux ne connaît un moyen de recours

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

raisonnablement disponible pour les victimes afin de leur accorder une réparation appropriée et effective.

2. Les tribunaux d'un Etat sont considérés comme étant raisonnablement disponibles s'ils sont compétents pour connaître de la demande des victimes dirigée contre les défendeurs et s'ils sont aptes à mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*).

3. Le tribunal d'un Etat saisi de demandes en réparation des victimes d'un crime international peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances et des règles applicables, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant :

- a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
- b) une autorité d'indemnisation créée en vertu du droit international ;
ou
- c) un tribunal d'un autre Etat ayant des intérêts prépondérants au sens du paragraphe 1, lettre *b*), et connaissant un moyen de recours raisonnablement disponible pour les victimes afin de leur accorder une réparation appropriée et effective.

Article 3

Les Etats devraient prendre des mesures pour limiter autant que possible les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

Article 4

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation.

Article 5

L'immunité de l'Etat ne doit pas rendre sans effet l'obligation de l'Etat de réparer le préjudice causé aux victimes de crimes internationaux.

Article 6

Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, en particulier au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, le droit d'accès à la justice des victimes de crimes internationaux soit dûment pris en compte.

* * *

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

The Institute of International Law,

Considering that « international crimes » means serious crimes under international law such as genocide, crimes against humanity, torture and war crimes, all of which are an affront to human dignity;

Recalling that universal criminal jurisdiction is a means to prevent impunity for international crimes, as stated in the 2005 Cracow Resolution on Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes;

Noting that the prosecution of the authors of international crimes and their punishment provides a partial satisfaction only to the victims;

Conscious that appropriate and effective reparation has to be provided for the harm suffered by the victims;

Considering that universal civil jurisdiction is a means to avoid that the victims of international crimes are deprived of access to justice to obtain reparation of the harm suffered;

Recalling further that the removal of immunity from proceedings in national courts is another means to achieve effective reparation to the victims of international crimes;

Adopts the following Resolution:

Article 1

1. Victims of international crimes which affected their human dignity have a right to appropriate and effective reparation.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.

Article 2

1. A State shall accept that its courts have universal civil jurisdiction over claims for relief by victims of an international crime, provided that:
 - a) no other State has stronger interests in respect of the claim, based on its connection with the victims and the defendants and on the relevant facts and circumstances; or
 - b) even though one or more other States have such stronger interests, such victims do not have in the courts of any such other State reasonably available remedies that afford appropriate and effective redress.
2. The courts of a State shall be considered to provide a reasonably available remedy if they have jurisdiction over the defendant and the claims by the victims and if they are capable of conducting the remedial process in compliance with the requirements of due process.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

3. The court of a State where claims for relief by victims of an international crime have been brought, may decide to decline to entertain the claims or to suspend the proceedings, in light of the circumstances and the applicable rules, when the victims' claims have also been brought before:

- a) an international jurisdiction, as the International Criminal Court;
- b) an authority providing for indemnification and based on international law; or
- c) before the court of another State having stronger interests within the meaning of paragraph 1, letter b), and having reasonably available remedies that afford appropriate and effective redress to the victims.

Article 3

States should take measures to minimize the legal and financial obstacles facing victims and their representatives in the course of procedures relating to claims for reparation.

Article 4

States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims to present claims for reparation.

Article 5

State immunity shall not deprive of its effects the State's obligation to repair the prejudice caused to victims of international crimes.

Article 6

It is recommended that in the course of the preparation of an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in particular by the Hague Conference on Private International Law, the right to access to justice of the victims of international crimes is duly taken into account.

Annexe 2 : Questionnaire selon le rapport provisoire

Questionnaire

Conformément à l'usage, les membres de la Commission I sont invités à fournir leurs observations sur les questions et les thèmes suivants:

Question 1 Commentaire et compléments d'information relatifs aux pratiques émergentes mentionnées dans la partie II du rapport (n° 16-57) ?

Question 2 Sur la base de l'analyse du droit à réparation des victimes et de l'obligation correspondante des Etats (partie III, n° 82-96), vous

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

paraît-il judicieux de rappeler le principe du droit à réparation dans le projet de résolution (article 1, paragraphe 1) ?

Question 3 Convient-il de faire de même du principe de l'accès à la justice (partie IV, n° 127-136), affirmé dans la même disposition du projet (article 1, paragraphe 2) ?

Question 4 Est-ce qu'il vous paraît judicieux de délimiter le champ matériel par l'expression de « crime international » (partie III, n° 97-100) et d'en rappeler la définition dans le préambule ?

Question 5 Approuvez-vous l'idée que le concept de compétence universelle joue un rôle subsidiaire et de dernier recours (cf. n° 105-117, 155-159) ? Avez-vous d'autres approches à suggérer afin de garantir l'accès des victimes à la justice ?

Question 6 Comment évaluer dans ce contexte le rôle du for de nécessité, en tenant compte du fait qu'il n'est pas connu dans de nombreux pays et n'a pas de fondement en droit international (cf. n° 186-189) ?

Question 7 Quel est votre avis relatif aux critères servant à exprimer cette subsidiarité dans le projet de résolution (article 2 ; rapport, n° 190-204) ?

Question 8 Que faut-il penser de la proposition de ne s'exprimer sur des questions de procédure autres que la compétence que de manière concise (rapport, n° 205-210), ainsi que le suggère le projet de résolution, s'agissant des obstacles juridiques et financiers (article 3) et du développement de procédures collectives (article 4) ?

Question 9 Vous paraît-il judicieux que l'Institut saisisse cette occasion pour s'exprimer également sur la question de l'immunité de l'Etat dans le contexte d'actions intentées par des victimes d'un crime international (rapport, n° 241-256) ?

Question 10 Dans l'affirmative, quelle approche a votre préférence: a) un simple rappel de la Résolution de Naples, b) affirmer le principe que l'immunité ne doit pas rendre sans effet aucun le droit à réparation des victimes (article 5 du projet de résolution), c) ou un texte plus élaboré ?

Question 11 Etes-vous favorable à ce qu'il soit recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, le droit d'accès à la justice des victimes de crimes internationaux soit dûment pris en compte (article 6) ?

Question 12 Vous paraît-il judicieux de ne pas évoquer également le droit à réparation et le droit à l'accès à la justice pour les victimes de

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

crimes internationaux dont la responsabilité incombe à une organisation internationale, à savoir les Nations Unies ?

Question 13 Enfin, veuillez ajouter tout autre commentaire que le projet de résolution et le présent rapport vous inspirent, dans la perspective des travaux de la Commission I et de ceux de l'Institut.

* * *

Annexe 3 : Réponses des membres de la Commission

Comments by Mr Michael Bogdan

I have read your provisional report with great interest. I will first provide my answers to your questionnaire. In addition, I add a few short comments on your excellent text, which will provide a most useful basis for our discussions in Tallinn.

- Question 1* None
Question 2 Yes
Question 3 Yes
Question 4 Yes
Question 5 Yes; see remarks for proposal.
Question 6 It is necessary
Question 7 Assets jurisdiction suffices
Question 8 OK
Question 9 Yes
Question 10 Alternative b).
Question 11 No
Question 12 Yes
Question 13 See remarks below:

My further and complementary comments are as follows:

(a) The main purpose of universal competence is to avoid denial of justice, i.e. a situation where the victims of international crimes would not otherwise have access to justice at all. However, in view of the fact that the proposed rule on universal competence can, at least in theory, potentially authorize (or even oblige, see paragraph 185 of the report) hundred or more countries to assume jurisdiction over the same situation, I think it is important to consider the risk of forum shopping. As we focus on the competence of national courts, it is unavoidable that some countries will attract plaintiffs due to such factors as more advantageous

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

applicable substantive law (rules on which surviving relatives of direct victims can claim compensation, time limitation, joint perpetrators, contributory negligence...), more generous compensation for non-economic damage, lower cost of proceedings, availability of trial by jury and contingent-fee arrangements, etc. In spite of the sympathy rightly deserved by victims, the legitimate interests of the defendants must be protected and "compensation havens" avoided.

(b) There is also a risk of universal competence being used or abused for purely political and propaganda purposes, in order to inconvenience or embarrass countries or persons disliked by the forum country, in particular by a country whose judiciary is not independent and objective (there are, alas, too many such countries). I am sure that politicians in some countries would love their courts to open judicial proceedings against the president of the United States, Israel, Iran, Russia, etc., even when the sole motive is hate rather than true wish to provide remedy for the victims. As the defendants in such cases would probably – and with good reasons – fail to appear, the proceedings would result in a default judgment. I do not think we should legitimize such proceedings.

(c) The problems referred to under a) - b) above can to a substantial extent be avoided by limiting our efforts to cases where the victims claim pecuniary compensation and by recognizing the presence of the defendant's sequestrable assets as the principal – and perhaps even sole – basis of subsidiary jurisdiction and jurisdiction of necessity. In spite of the risk of being accused of parochialism, I venture to quote Chapter 10, section 3 of the Swedish Code of Judicial Procedure as an example: "In disputes concerning debt obligations, a person with no known residence in the Realm may be sued where property he owns is located." Such assets jurisdiction is both subsidiary (it does not apply if Swedish jurisdiction can be based on the domicile of the defendant) and of necessity (to the extent Sweden is not willing to recognize and enforce foreign judgments). I do not share the critical view of assets jurisdiction voiced in paragraph 170 of the report.

(d) It seems to me that paragraph 112 of the report goes too far if it (as I read it) obliges third States to allow the transfer, regardless of e.g. their legitimate currency regulations, of funds to be used as compensation. In this respect, I am not sure it is reasonable to place victims of international crimes in a situation that is more advantageous than that of other legitimate creditors, such as a child claiming maintenance or a rape victim claiming damages for a "non-international" crime.

(e) Regarding immunity, I am in favour of the proposed Article 5. Personally I believe in the simple and well-established general principle

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

that a violation of international law legitimizes proportional countermeasures by other countries. Such legitimate countermeasures may – and should – include denial of immunity in cases of international crimes committed by the defendant.

Commentaires de Mme Hélène Gaudemet-Tallon

Je partage les opinions développées par Andreas Bucher dans son rapport et apprécie ce travail considérable.

Sur le projet de résolution, je suis d'accord sur le texte proposé, moyennant deux propositions de modifications :

- 1) à l'article 2 paragraphe 1 lettre a) : au lieu d'écrire « en raison des liens avec les victimes **et** les défendeurs... », je préférerais « en raison des liens avec les victimes **ou** les défendeurs... ». Il me semble en effet qu'il peut se trouver des cas dans lesquels seules les victimes ont des liens avec le tribunal qui exercerait la compétence universelle, et à l'inverse des cas dans lesquels seuls les défendeurs ont de tels liens.
- 2) A l'article 6, je préciserais « Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument interne, interrégional ou international, » Il me semble, en effet, que c'est à tous les niveaux de production des normes qu'il convient de prévoir ce droit d'accès à la justice des victimes de crimes internationaux.

Observation générale : ne faudrait-il pas développer un peu les expériences de « compétence universelle » menées en Espagne et aux Pays-Bas (pour autant qu'il s'agit bien de compétence universelle en matière civile, et pas seulement en matière pénale, ce dont je ne suis pas sûre) ?

Quelques remarques au cours de la lecture :

- n° 32 : à propos des *foreign policy concerns* : certes, les juridictions ne doivent pas interférer avec la politique du gouvernement, mais d'un autre côté, peut-on admettre que le pouvoir judiciaire se plie aux impératifs politiques et commerciaux de l'Etat quand sont en cause des valeurs aussi fondamentales que la dignité humaine ? La suggestion de Grosswald et Sloss, cités note au paragraphe 32, me paraît assez dangereuse, à moins que le « procureur public » jouisse d'une réelle indépendance.
- n° 38 : je comprends bien que l'action civile jointe à l'action pénale ne soit pas la solution idéale pour les victimes et je partage l'idée énoncée qu'il « serait préférable de mener un procès civil séparé ». Simplement, il existe en France (et, je crois, dans un certain nombre d'autres pays) une règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état », c'est-à-dire que si, par ailleurs, une instance pénale est en cours, le juge civil

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

devra attendre que le juge pénal ait statué pour se prononcer. Je ne sais si cette règle existe ailleurs, mais il est vrai qu'elle peut gêner les victimes qui veulent agir au civil. Cette règle a été un peu assouplie par une loi du 5 mars 2007 qui a modifié l'article 4 du Code de procédure pénale, mais elle subsiste dans toute sa rigueur lorsque l'action civile est intentée en réparation des dommages causés par l'infraction pénale – et c'est évidemment le cas qui nous retient ici.

- n° 49 à 52 : on reste très peu satisfait par le caractère vague des « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ».
- n° 170 et s. : les développements sur la notion de compétence universelle et la distinction avec le for de nécessité sont très intéressants.
- n° 189 : une petite remarque – je ne crois pas que les Lignes directrices de Sofia de l'ILA soient « incohérentes » lorsqu'elles retiennent la présence du demandeur : la notion de *lige* englobe à mon avis non seulement l'objet de ce litige mais aussi la situation des parties.
- n° 192 et 193 : plus important : si j'ai bien compris, la compétence universelle est subsidiaire et ne s'exercerait que si aucun autre État n'a de *liens prépondérants* avec l'affaire mais aussi en s'assurant que la victime peut saisir un tribunal devant lequel elle pourrait obtenir une *réparation effective*. Cela me paraît une approche tout à fait pertinente de la compétence universelle. La question posée est évidemment celle de la preuve : incombe-t-il à la victime de prouver ces deux éléments (ce qui peut être très difficile pour elle) ou est-ce au tribunal saisi de les apprécier pour décider si sa compétence est fondée ou non ? Le rapport répond au n° 195 que le juge doit avoir un rôle actif dans la recherche des preuves et cette réponse est satisfaisante. Ne faudrait-il pas ajouter une phrase à l'article 2 de la résolution pour préciser cette question de preuve qui, en pratique, sera déterminante ?
- n° 172 : le texte fait allusion au système de Bruxelles et Lugano qui a des règles de compétence judiciaire protectrices de la partie faible. Il serait tout à fait concevable de modifier les textes pour ajouter une règle protectrice de la victime de crimes internationaux.
- n° 200 : sur le droit à l'exécution, ne conviendrait-il pas de rappeler en note la jurisprudence de la CEDH (*Hornsby*, arrêt du 19 mars 1997, par exemple).
- n° 201 : ne faudrait-il pas exclure totalement le *forum non conveniens* lorsque le juge serait compétent au titre de la compétence universelle ? C'est vraiment la dernière possibilité offerte à la victime ; il serait

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

curieux que le tribunal puisse alors utiliser l'exception de *forum non conveniens*.

Le recours à la technique de la « commission d'indemnisation » semble être une voie riche de potentialité. Est-il concevable d'imaginer une telle commission à compétence générale pour les crimes internationaux au niveau international ?

Pour tous les développements à propos de l'immunité de juridiction, en particulier dans l'analyse très bien menée de l'arrêt de la CIJ de 2012, *Allemagne c. Italie*, ne faudrait-il pas être encore plus critique ? La *terrorist exception* mentionnée au n° 245 ne devrait-elle pas être étendue à tous les « crimes internationaux » ?

Réponses au questionnaire :

Question 1 Pas d'éléments supplémentaires. Simplement une suggestion : faire figurer en annexe du rapport la liste des textes cités, et peut-être aussi des arrêts. Il me semble que ce serait utile.

Questions 2 et 3 Oui, c'est utile de rappeler ce principe de réparation ainsi que le droit d'accès à la justice.

Question 4 Je me pose la question de savoir si cette définition du « crime international » n'est pas trop étroite : ne conviendrait-il pas d'englober aussi les crimes commis par les entreprises multinationales lorsqu'elles acceptent des conditions de travail proches de l'esclavage, ou portent des dommages si graves à l'environnement qu'ils mettent en péril la vie des populations locales ?

Question 5 Je pense en effet que la compétence universelle doit avoir un rôle tout à fait subsidiaire et de dernier recours. Quant à d'autres procédés pour assurer la réparation, il me semble que le système des commissions d'indemnisation n'est pas mauvais dans son principe ; encore faut-il que leur accès soit facile et que les indemnités qu'elles proposent soient correctes ; il faudrait sans doute que des représentants de victimes puissent participer au fonctionnement de ces commissions. Il faudrait s'assurer que la procédure devant ces commissions offre toutes garanties d'impartialité et de respect des droits de la défense même s'il ne s'agit que d'autorités administratives et non de juridictions

Question 6 Je pense que le for de nécessité jouera dans les Etats qui le connaissent et évitera sans doute alors le recours au concept de compétence universelle. Mais lorsque le for de nécessité n'est pas connu, ou lorsque les « liens suffisants » exigés par les systèmes qui le connaissent (et la résolution de l'ILA) n'existent pas, alors la notion de compétence universelle sera utile.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Question 7 Je pense que ces critères sont bons : absence de liens prépondérants avec un autre Etat, et assurance que la victime obtienne une réparation effective, mais j'insisterais sur le rôle actif que doit avoir le juge pour vérifier que ces deux critères sont remplis.

Question 8 Je suis d'accord avec le projet de résolution de rester concis sur les obstacles juridiques et financiers et la question des procédures collectives. Mais il faudrait peut-être quand même ajouter quelque chose, d'une part sur la charge de la preuve (v. mon obs. *supra* à propos des n° 170 et s.), d'autre part sur la prescription (imprescriptibilité des « crimes internationaux » ?).

Questions 9 et 10 Je crois que ce serait l'occasion pour l'Institut de se prononcer à nouveau sur l'immunité de juridiction : la position pourrait être plus ferme que celle qui résulte des précédentes résolutions dans la mesure où il pourrait être affirmé que l'immunité de juridiction ne doit pas priver la victime de son droit à réparation. C'est le texte actuel de l'article 5, mais il serait peut-être possible d'avoir un texte plus élaboré (option c) qui autoriserait à écarter l'immunité de juridiction dans certaines hypothèses.

Question 11 Oui, tout à fait, et v. *supra* ma proposition de légère modification de l'article 6.

Question 12 Il me semble que la définition du « crime international » donnée dans le préambule couvre les agissements des organisations internationales, y compris l'ONU. Mais s'il pouvait y avoir un doute à ce sujet, alors oui il faudrait préciser que les auteurs de ces crimes peuvent être des individus, des entreprises, des groupes (groupes terroristes par exemple), des Etats ou des organisations régionales ou internationales.

Question 13 Outre les remarques que j'ai pu faire avant de répondre au questionnaire, je me demande s'il ne faudrait pas, pour que les travaux de l'IDI soient plus utiles, leur assurer une certaine publicité qui dépasserait le cadre académique. Il me semble que, actuellement, il y a un petit cercle d'initiés qui connaissent ces résolutions, des étudiants qui les utilisent pour leur thèses, des professeurs qui les citent éventuellement, mais qu'elles sont peu utilisées, voire ignorées, par les « décideurs » (Etats, organisations internationales) non plus que par les praticiens du droit, en particulier les avocats. L'Institut ne devrait-il pas réfléchir à des formes de publicité plus efficaces : envoi des textes aux Ministères de la justice et des affaires étrangères, aux barreaux, aux organisations représentant les entreprises, à celles représentant les salariés etc. Chaque branche nationale pourrait aussi songer à organiser des journées d'études ou colloques destinés à faire connaître les résolutions de l'Institut.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Commentaires de M. Paul Lagarde

Je rends un hommage appuyé au rapporteur pour la qualité intrinsèque de son travail et pour les larges ouvertures du droit international dont il justifie de façon convaincante la nécessité. Mes observations ne porteront pas sur les objectifs mais sur leur mise en œuvre technique.

Questions 2 et 3 oui, dans les limites ci-après définies.

Question 4 Serait-il possible de définir de façon plus précise la notion de crime international ? Les références à la gravité de ces crimes (préambule) et à l'atteinte à la dignité humaine, qu'on ne trouve pas dans la résolution de Cracovie (point 3, a), paraissent d'un maniement difficile. En particulier, l'atteinte à la dignité humaine est-elle inhérente aux crimes énumérés de façon illustrative dans le préambule ou est-elle une condition s'ajoutant à la qualification de crime international pour justifier la compétence universelle, comme cela semble résulter de l'article 1, paragraphe 1 du projet ? Si une meilleure définition du crime couvert par la résolution était possible, elle trouverait une meilleure place dans le corps de la résolution plutôt que dans le préambule.

Question 5 oui, pour un rôle subsidiaire et de dernier recours de la compétence universelle.

Question 6

Relativement au for de nécessité, une question importante est de savoir si la résolution projetée s'adresserait aux Etats ou aux juridictions de ces Etats. En d'autres termes, les principes énoncés par le projet pourraient-ils être appliqués directement par les tribunaux, comme le sont les nombreuses règles de compétence établies par les conventions et règlements en vigueur, ou ne pourraient-elles être mises en œuvre qu'après intermédiation des autorités étatiques, au cas par cas ? La discordance de formulation, à cet égard, entre les articles 2 et 3 n'est peut-être pas fortuite.

Les tribunaux peuvent appliquer directement de telles règles, lorsqu'ils disposent de critères positifs de compétence dont ils sont à même d'apprécier l'existence. Tel serait le cas si la résolution retenait les critères positifs résiduels dont le rapport fait état (for du patrimoine, *forum arresti*, *forum actoris*). L'appréciation d'une condition négative est plus délicate, mais elle est considérée comme possible, du moins à certaines conditions. Le for de nécessité est admis à titre exceptionnel dans plusieurs textes législatifs ou conventionnels, notamment article 3 LDIP suisse, article 7 règlement européen Aliments, article 11 règlement européen Successions, article 11 code belge de dip, etc (v. aussi la jurisprudence française). Tous ces textes, sauf erreur, subordonnent

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

cependant cette compétence à l'existence d'un lien suffisant (Suisse, règlements européens précités) ou même étroit (Belgique) de l'affaire ou de la cause avec l'Etat dont relève la juridiction saisie. Ce lien donne une base positive de compétence au tribunal saisi.

Est-il vraiment nécessaire d'abandonner cette condition en cas de crimes internationaux ? Le tribunal d'une campagne perdue peut-il de son propre chef affirmer sa compétence pour condamner un Etat ou toute personne liée à cet Etat à une réparation du préjudice causé par un tel crime, sans qu'aucun élément ne le relie à l'affaire en cause ? Comment pourrait-il faire venir ou au moins faire entendre les témoins permettant d'établir la culpabilité du suspect ?

Il semble que l'exercice d'une telle compétence universelle devrait ou en tout cas pourrait être subordonné à une autorisation donnée *in casu* par les autorités de l'Etat dont relève le tribunal saisi. Et ces autorités pourraient également se réserver l'appréciation du caractère de crime international des faits reprochés et du caractère raisonnablement disponible des recours existant dans d'autres Etats, en raison du poids diplomatique dont ces appréciations sont chargées.

Il faudrait alors modifier l'article 2, paragraphe 1 : « Un Etat doit prévoir une compétence universelle de ses tribunaux ou de certains d'entre eux, aux conditions de procédure qu'il établit, pour connaître des demandes en réparation des victimes d'un crime international, à condition que ... »

Question 7

Je suis d'accord, faute de pouvoir en proposer de meilleurs, avec les critères de subsidiarité prévus à l'article 2 paragraphe 1, lettres a) et b).

Si toutefois la compétence universelle est bien subsidiaire, le tribunal saisi devrait avoir l'obligation, et pas seulement la possibilité comme prévu à l'article 2 paragraphe 3, de décliner sa compétence ou de surseoir à statuer dans les cas de litispendance indiqués audit article.

La question reste cependant ouverte (v. rapport, n° 198 et s.) de savoir ce que doit faire le tribunal saisi dans le cas où les conditions de sa compétence universelle ne sont pas réunies. Suffirait-il de renvoyer les demandeurs à mieux se pourvoir, ou les renvoyer devant les tribunaux d'un Etat déterminé, qui aurait par hypothèse un « intérêt prépondérant » à connaître de la demande ? La première solution paraît plus praticable, parce que, d'une part, il peut exister plusieurs Etats aptes à avoir cet intérêt prépondérant et que, d'autre part, le tribunal qui serait ainsi désigné ne serait pas tenu, en l'absence de convention internationale, d'accepter sa compétence.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Question 8 Je suis d'accord avec les articles 3 et 4, tels qu'ils sont actuellement rédigés.

Questions 9 et 10

Réponse hésitante. Sur le fond, je suis bien d'accord avec le plaidoyer du rapporteur à l'encontre des immunités dans le contexte des crimes internationaux. Mais le problème de l'immunité en cas de crime international n'est pas spécifique de la compétence universelle. Il se pose de la même façon lorsque le tribunal saisi exerce sa compétence à un autre titre. Aussi, sans nier aucunement l'importance de la question et au contraire en raison de son importance, je pense qu'il ne devrait pas être abordé dans une résolution limitée à la compétence universelle. A juste titre, l'article 5 ne distingue pas selon le titre de compétence exercée, mais en cela ne dépasse-t-il pas le domaine de la résolution ?

Question 11 réponse affirmative.

Toutefois, la question devrait être complétée par une autre sur l'exécution des décisions. C'est une chose de prévoir un chef exceptionnel de compétence directe, ç'en est une autre, tout aussi importante, de prévoir l'exécution des condamnations prononcées par un tribunal dans l'exercice de sa compétence universelle, donc d'un tribunal dont la compétence indirecte est mal assurée. Les règles du droit commun seraient-elles suffisantes et efficaces ?

Question 13

Faudrait-il prévoir une disposition sur la loi applicable ? La réponse semble devoir être négative, puisque la résolution se limite à la compétence universelle.

La question mérite cependant au moins d'être posée. En principe, la loi applicable devrait être celle désignée par la règle de conflit du for saisi, mais celle-ci conduira le plus souvent à la loi du lieu des crimes ou du domicile des victimes, souvent le même. L'absence de réparation selon cette loi serait contraire à l'ordre public international, mais faudrait-il lui substituer la loi du for ou appliquer directement, sans le détour par l'ordre public, une règle du droit international, à déterminer ?

Comments by Mr David McClean

1. I would only add one comment on the material in Part II. On paragraph 37, the position in the UK does not rest as much on *Chandler v Cape* as the text suggests. The position is well stated in the UK-Netherlands brief in the *Kiobel* case:

The English courts will only exercise civil jurisdiction where: (i) there is a connection between the defendant and England; or (ii) there is a

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

connection between the substance of the claim and England; or (iii) the parties have agreed or submitted to the jurisdiction of the English courts. Thus, a claimant may not initiate tort proceedings in England against a foreign defendant, unless the damage has either (a) been sustained within the jurisdiction, or (b) resulted from an act committed within the jurisdiction.

However, the English courts may sometimes exercise jurisdiction over certain tort claims against a U.K.-incorporated parent company for acts committed by its foreign subsidiaries abroad, where the parent company actively supervised or participated in the foreign activity giving rise to the claim. Two examples illustrate situations where the English courts have allowed a claim based on such active personality jurisdiction:

In *Lubbe and Others v. Cape Plc* [2000] UKHL 41, a group of South African workers made a negligence claim against a U.K.-incorporated parent company on the basis that the parent company exercised de facto control over the operations of its South African subsidiary. Since the parent company was incorporated in the U.K. and exercised a degree of control over the subsidiary, there was a sufficiently close nexus with that State.

In *Guerrero v. Moneterrico Metals Plc*, [2009] EWHC 2475, an injunction was sought against another U.K.-incorporated parent company, alleging that it was negligent in protecting environmental protesters during the opening of a copper mine in Peru owned by its wholly-owned foreign subsidiary. In this case, the parent company's personnel directly participated in the running of the mine and its board of directors retained responsibility for risk management.

Importantly, the English courts will not take jurisdiction over civil claims that foreign individuals or foreign corporations committed « violations of international law » outside the U.K. Indeed, the House of Lords has explicitly rejected arguments that the English courts have jurisdiction in such cases, stating (in *Jones v. Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, paragraph 27) « there is no evidence that states have recognised or given effect to an international law obligation to exercise universal jurisdiction over claims arising from alleged breaches of peremptory norms of international law, nor is there any consensus of judicial and learned opinion that they should. This is significant, since these are sources of international law. »

Questions 2-7 I am full of admiration for this material, which both recognises the difficulties in the current state of international law and practice and argues very convincingly for the approach in the draft Resolution. So I support the notion of a 'subsidiary' jurisdiction, which I

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

prefer to the *for de necessité* notion which would be in practice more restricted. I am not entirely happy with the phrase 'stronger interests' (*intérêts prépondérants*). I am sure you do not mean to import the American ideas of governmental interest analysis, and wonder if a more neutral phrase, perhaps in English 'stronger grounds for taking jurisdiction', might be better.

Question 8 I agree with the approach but in Article 4 of the draft Resolution we need to repeat 'of international crimes' to limit the very wide scope of the text, read literally.

Questions 9-10 I find this a very difficult issue and the Naples Resolution both sets out a principle and then pulls back from applying it to States. I think I would prefer a simple reference to that Resolution, partly for fear that our draft might cause prolonged debate on that set of issues.

Question 11 I recall the discussions at The Hague during the 'Judgments Project'. I am not sure that draft Article 6 is strong enough to have any effect on future discussion in the Hague Conference. Does 'duly taken into account' mean very much?

Comments by Lady Fox

The draft Resolution prepared by Prof. Bucher provides a scheme for universal civil jurisdiction to be adopted by States to provide reparation for victims of grave international crimes. His extensive Report provides support for the draft Resolution both by showing trends in various jurisdictions providing some degree of reparation and also by reference to emerging general principles of international law which require States in addition to prosecution of wrongdoers to provide the means to obtain reparation for victims. Inevitably, as at the present day public international law recognises no general requirement of universal civil jurisdiction the Rapporteur places considerable reliance on soft law instruments namely, the UNGA 2005 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and the Ruggié's 2011 Guiding Principles on Business and Human Rights. I have read the report in full but will largely confine my remarks to the issues which arise in reviewing the scope of the draft Resolution.

1. In this First section, the Rapporteur conducts a wide ranging survey of the extent to which, in US and western European courts, a civil remedy is provided for reparation for the commission of grave violations of international law. He is much attracted to the 'universal' nature of the exercise of such a jurisdiction citing in support US federal courts'

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

exercise of jurisdiction under AST, the 'Holocaust litigation' leading to a Fund to meet claims set up by Germany and German industrial concerns, litigation in respect of confiscated wartime assets, litigation based on the parent company's direct planning and supervision of overseas illegal activity resulting in loss. But he also fairly reports the restrictions and niceties of the exercise of each national court's jurisdiction, noting that so far as USA, the Supreme Court has reined in the exercise of such universal jurisdiction, confining it to the gravest violations of international law, stressing the US procedural requirement of personal jurisdiction (which rules out claims against non-resident companies with affiliated companies in a forum) and admitting that extensive discovery, use of class actions and contingency litigation fees all provide aids peculiar to US practice. He also admits the rarity in Europe of the exercise of universal jurisdiction to remedy violation of human rights and is driven to rely on isolated examples of such exercise, eg *Akpan* in the Netherlands court and *Chandler v Cape Ltd* in a UK court. He dismisses as too expensive and subject to lengthy procedural delay the practice in some civil countries of joining a civil claim for compensation to a criminal prosecution.

2. In paragraphs 45-96 of the second section Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights 2005 are cited to strengthen existing obligations imposed on Business concerns, it being admitted that the principles of corporate responsibility to respect and the State duty to protect, as asserted, are dependent on access to a remedy, which at present is by no means available. Recognition of entitlement to reparation - the *Chorzow case*, the UN 1984 Torture Convention article 14, the ILC Articles on State Responsibility are all noted but they confer remedies **solely** on the victim State with no direct right to the individual who suffers harm (although the extent of compensation payable may be measured by the actual loss suffered by the State's national).

A conclusion to be drawn from these first 100 paragraphs is that national courts have largely not been willing to exercise universal civil jurisdiction as a means of reparation for victims of human rights. I would caution, however, in too readily assuming, as is a tendency among academics, that existing court procedures in national jurisdictions are incapable of providing some redress for violation of human rights. It may be limited but in all litigation the views of all parties including the practicality of the indemnity sought have to be taken into account.

3. This raises the important question of the extent of reparation which the Rapporteur proposes for the exercise of a court's jurisdiction free of any link to the forum. In paragraph 39 he notes that national courts are

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

concerned with limited remedies for loss or threats to the physical person and property and provide no remedy for breach in the wider sense of violation of human rights such as denial of access to education, attack on cultural values, or right of free association. The true question requiring an answer in his view is: which national remedy in terms of the exercise of jurisdiction best serves the interests of the international community in deterring the commission of international crimes and effectively denying a safe haven to the international wrongdoer? Denial of safe haven to wrongdoers in fact is already an element in many international conventions and I would support a specific provision to that effect in the draft Resolution. However, as a common lawyer, I fear I favour specific if more restricted remedies, in my view it is questionable whether any court, however wide its jurisdiction, can by its orders secure replacement of the intangible values to which the Rapporteur refers.

4. As regards paragraphs 127-136 and *Question 11* relating to the right of access to justice in article 1.2 and article 6 of the Draft Resolution, I would supplement Professor Bucher's discussion with a reference to the effectiveness of article 6 of the ECHR particularly the manner in which the Strasbourg Court has applied the requirement to regulate conditions of employment by foreign States in their embassies and also, as in *Nada v Switzerland*, ECtHR App.No.10593/08, 12 September 2012, the interpretation of the proportionality rule as favouring where possible a less restrictive exclusion of a claim to the court which would meet legitimate State requirements. An alternative scheme for the Rapporteur's Draft Resolution might be to focus the entirety of the obligations to be imposed on States as requiring national courts to allow access to justice regardless of whether the wrong complained of had any link with the forum territory.

5. As to the preamble paragraph 1 of the Rapporteur's draft Resolution, I would be prepared to allow universal civil jurisdiction for the specific crimes listed in this paragraph provided the final phrase 'all of which are an affront to human dignity' is deleted. In paragraph 111 the Rapporteur maintains that in assessing the wrong sustained by a victim of an international crime national law provisions are inadequate and 'dans la perspective du droit international, cette atteinte affecte la dignité humaine'. I fear that English law requires more specificity; it sees human dignity as more a moral concept than a recognised legal term in English law.

6. With reference to *Question 4* in respect of any listing of the international crimes to be covered by the Resolution, I would prefer to see them placed in the body of the Resolution as a substantive article. Accordingly the proposed Article 1 in the Rapporteur's draft Resolution

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

after setting out the international crimes to which the Resolution relates, would read:

Article 1

1. [...]
2. Victims of international crimes as defined above (in recital 1, at present) have a right to appropriate and effective reparation.
3. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.

7. As an alternative to basing the Resolution, designed for the Estonian session in 2015, on the definition of international crimes used in earlier Institut Resolutions, I would suggest that in a time of peace it might be more appropriate to shape the resolution around a restricted definition of ‘the crime against humanity’. Here the definition in the ICC Rome Statute might provide a basis or starting point. Article 7 of the ICC Statute provides the following definition:

“‘Crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation or forcible transfer of population;
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
- (f) Torture;
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;”³⁷⁴

8. In answer to *question 5* concerning universal jurisdiction I would amend Article 2 to read:

1. A State shall accept that its courts have universal civil jurisdiction over claims for relief by victims of an international crime as defined above, provided that –

³⁷⁴ The remainder of the ICC list I would omit as relating to group offences: (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- a) no other State has stronger interests in respect of the claim, based on its connection with the victims and the defendants and on the relevant facts and circumstances.

9. *Questions 6 and 7* relating to paragraphs 189-204 are primarily questions of private international law for which I lack competence.

10. Similarly experience with regard to question 8 has taught me great caution in setting out procedural constraints as every civil jurisdiction develops its own procedural rules to regulate local conditions and these are not easily applied to a jurisdiction exercised by another national regime. It is necessary to separate claims arising from war damage from other heads of uncompensated loss. Whilst I have myself expressed some of the reservations which Professor Bucher makes in his critique of ICJ's decision in the *Jurisdictional Immunities of the State* it has to be admitted that at the present time international law recognises no legal entitlement to individual compensation for loss caused during international armed conflict by acts of a foreign State's armed forces. As to other heads of loss not caused in the course of armed conflict I do not think a national court is competent to make an assessment as required by draft Article 2(b); such an assessment can only be made by an international agency not by another national court. I accordingly would hold even with regard to loss incurred in peacetime, that the absence of appropriate and effective redress is no basis for the assumption of jurisdiction by another national court, I accordingly would delete Article 2(b), and the consequent Article 3(c).

11. I would also delete paragraph 2 of draft Article 2. Once a State or its national court has assumed jurisdiction and intends to exercise universal civil jurisdiction the scope and requirements of the exercise of such jurisdiction are solely for the State or its national court to determine.

12. As to *Question 8*, I would endorse Article 3 of the draft Resolution, so as to recognise:

- a) priority of jurisdiction to the ICC, or
b) of the authority therein referred upon whom by agreement of the defaulting and injured State jurisdiction to determine the claim has been conferred.

But as explained above, I would omit (c).

13. With regard to the remaining articles 3, 4 and 6 I hold no particular view. They may provide useful guidance but do not alter the substantive approach one way or the other.

14. As to *Questions 9 and 10* I am of the view that State immunity is an irrelevant issue to the project in hand. Essentially universal civil

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

jurisdiction is concerned with the ambit of the court's exercise of jurisdiction beyond the territorial limits of the forum State as regards claims for reparation consequent on the commission of grave international crimes, that is jurisdiction *ratione materiae*. Given the fairly extensive discussion of State immunity in former IDI Resolutions I think it would be advisable to omit from the Draft Resolution any clarification of the character of the defendant *ratione personae* – whether State, State official, multinational corporation or international organisation from the discussions. Whilst I am in agreement with some of the challenges which the Rapporteur makes as to the long term acceptability of the ICJ's 2012 judgement, I accept that current State practice supports the ICJ's recognition in the *Jurisdictional Immunities* case paragraph 102 of reparation for war damage by lump sum settlements. Indeed such lump sum settlements along with a general waiver of all outstanding claims and the provision of funds by the victor State to enable rebuilding of the national economy and infrastructure would seem in fact to constitute one way of achieving the 'appropriate and effective reparation' which the Rapporteur seeks in his draft Resolution.

15. Uncertainty as to the legal position with lack of finality and need for further clarification provide in my view a further reason for excluding any discussion of State immunity from the drafting of the Rapporteur's Resolution. Some degree of such uncertainty inevitable results from the Italian Constitutional Court's ruling of 22 October 2014, in response to the ICJ 2012 Judgment, that the Italian Constitutional Court is the only Court tasked with the judicial review of any norm of Italian domestic law in order to check for its compliance with the Italian Constitution. Another area of uncertainty arises from the ongoing discussions in the ILC regarding the Special Rapporteur Ms Escobar Concepción Hernández's proposals relating to the immunity of State officials from the criminal jurisdiction of another State.

16. In Conclusion, despite the critical comments etc which I have set out above I would stress that I support the Rapporteur's intention to seek a Resolution from the *Institut* which requires States to exercise universal civil jurisdiction as a means to provide reparation for violation of fundamental human rights. In my view the chances of obtaining members' support for such a Resolution, however, depends on clearly defined feasible aims and precise wording to give them effect.

Commentaires de M. Giorgio Gaja

Je vous félicite, cher Confrère, pour la rédaction de votre rapport, qui me semble très riche et fouillé. Ce rapport contient une analyse et des propositions intéressantes qui devraient donner lieu à une discussion

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

approfondie lors de la prochaine session de l'Institut. Votre projet de résolution ne vise toutefois que la compétence universelle à l'égard des demandes de réparation formulées par des victimes de crimes internationaux. Ce sujet est sans doute central, mais il serait préférable à mon avis d'aborder le thème de la compétence universelle dans une perspective plus large, en s'interrogeant avant tout sur la question de savoir si en droit international contemporain les Etats rencontrent des limites à l'égard de l'exercice d'une compétence universelle en matière civile par leurs tribunaux. Ce n'est que par rapport à ces éventuelles limites que la question spécifique des demandes des victimes de crimes internationaux pourrait appeler la formulation de règles de compétence spéciales.

1. En ligne générale, les Etats jouissent d'une certaine liberté dans la détermination des critères relatifs à la compétence de leurs tribunaux en matière civile. L'exercice par un Etat de sa compétence judiciaire permet de satisfaire l'exigence de donner accès à la justice à de potentiels demandeurs. Cet exercice risque toutefois de pénaliser les défendeurs dans les cas où il n'existe pas de liens significatifs entre l'Etat du for et le litige, de sorte qu'on est en fait en présence d'une compétence universelle. Le recours à certaines règles de compétence que le rapport de P. Jenard sur la Convention de Bruxelles (J.O.C.E., 5 mars 1979, C59/19) appelait exorbitante pourrait conduire à la réalisation d'un tel risque. Les liens entre l'Etat du for et le litige s'avèrent alors bien faibles. On peut se référer par exemple au cas bien connu d'un étranger qui, ayant oublié son parapluie dans un hôtel en Allemagne, serait par ce fait soumis à la compétence des tribunaux allemands en n'importe quelle affaire civile dans laquelle il pourrait être le défendeur.

2. Quelques règles comportant une compétence qui avait été désignée comme exorbitante demeurent applicables dans les Etats membres de l'Union européenne à l'égard des défendeurs qui n'ont pas leur domicile dans le territoire de l'Union. Toutefois, on assiste à une tendance vers une interprétation restrictive de ces règles. Par exemple, en Allemagne le critère de compétence relevant du lieu de situation d'un bien du défendeur (paragraphe 23 *Zivilprozessordnung*) a été interprété dans le sens qu'il ne s'applique qu'en présence d'autres liens avec l'Etat du for, ne fût-ce que le domicile du demandeur (v. Bundesgerichtshof, 3^{ème} chambre, 13 décembre 2012, *IPRax*, vol. 34 (2014) p. 341).

3. Même si l'exigence de « suffisient contacts » (v. U.S. Supreme Court, *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984), 414) ou « d'un lien étroit entre la juridiction et le litige » (v. paragraphe 16 du préambule du règlement 1215/2012/UE) a été généralement formulée

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

sans égard aux limites que poserait le droit international, on peut néanmoins déduire de cette pratique le principe que la présence de liens significatifs entre l'Etat du for et l'affaire est une condition pour l'exercice d'une compétence civile. Cette condition reflète l'exigence de ne pas alourdir de manière excessive la position du défendeur.

4. Une règle générale pourrait être formulée dans le sens qu'un Etat est libre de fixer les critères de la compétence civile de ses propres tribunaux, mais seulement à la condition qu'il y ait un lien significatif entre l'Etat du for et le litige. Cela n'exclurait pas que des règles spéciales moins restrictives puissent exister par rapport à certaines matières, notamment quant à la réparation des dommages subis à la suite de crimes internationaux (ou de certains d'entre eux). À cet égard, on pourrait envisager une compétence subsidiaire, qu'on pourrait appeler universelle, en l'absence de moyens de recours efficaces dans les pays ayant un lien significatif avec le litige (v. article 1, alinéa 1, du projet de résolution). Après avoir énoncé le principe, la résolution de l'Institut pourrait donc énoncer quelques règles spéciales.

5. Il est certes plus difficile d'établir dans quels cas le droit international impose que l'accès à la justice dans un certain Etat soit garanti par celui-ci. Il s'agit de déterminer pour quels litiges un Etat a à cet effet l'obligation de donner la compétence à ses propres tribunaux. L'Institut pourrait énoncer le principe que chaque Etat doit assurer que les litiges ayant un lien étroit avec l'Etat en cause puissent être portés devant ses tribunaux. Il s'agirait d'une catégorie de liens qui ne recouvrerait pas nécessairement de manière complète les liens qui suffiraient à justifier la compétence du même Etat en matière civile.

6. L'obligation d'un Etat de garantir l'accès à la justice n'exclurait toutefois pas qu'il puisse tenir compte de certaines alternatives, et notamment de l'éventualité que d'autres Etats se considèrent également compétents. Le premier Etat pourrait laisser à un autre Etat la tâche d'assurer l'accès à la justice si ce dernier se trouvait dans une situation plus appropriée pour régler le litige d'une manière efficace.

7. À l'égard de l'obligation de garantir l'accès à la justice on pourrait également envisager des règles spéciales en certaines matières, telles que la réparation des dommages subis par les victimes de crimes internationaux. Il me semble toutefois difficile de tirer de la pratique ou du principe de solidarité (v. paragraphe 113 du rapport) l'existence d'une règle spéciale à cet effet. À mon avis, quand il n'y a pas de liens significatifs entre le litige porté par une victime d'un crime international et l'Etat du for, ce dernier serait libre, en vertu des règles de droit international dont il a été question auparavant, d'exercer sa compétence

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

en matière civile, le cas échéant en tant que compétence universelle, mais il n'aurait pas l'obligation de le faire.

8. L'exercice de la compétence en matière civile peut se voir limité par les règles de droit international qui confèrent une immunité aux Etats étrangers et aux organisations internationales ou à leurs organes ou agents. L'article 5 du projet de résolution ne dit pas clairement ce que devrait faire un Etat quand l'exigence de donner accès à la justice se heurte à l'immunité d'un Etat étranger ou à une autre immunité prescrite par le droit international. Dans certains cas, la reconnaissance de l'immunité devrait être accompagnée par une protection équivalente à celle de l'accès à la justice ou par des moyens alternatifs raisonnables, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'avait énoncé le 18 février 1999 dans les affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne*. J'hésiterais à souscrire à l'idée que l'Etat dont les victimes d'un crime international sont les ressortissants puisse disposer librement de la réparation due aux victimes (v. paragraphes 157 et 240 du rapport). Il me semble en tout cas difficile que, à peu d'années de la session de Naples, l'Institut adopte un nouveau texte concernant les immunités.

Commentaire de M. Ahmed El-Kosheri

J'ai lu avec grand intérêt votre excellent Rapport sur la Compétence universelle civile et j'ai beaucoup admiré votre clarté et précision. En l'absence de suggestions ou observations à fournir, je réponds à votre questionnaire de la façon suivante :

Question 1 Pas de commentaire spécifique aux compléments d'information à la Partie II du Rapport.

Question 2 La codification du principe du droit à réparation dans l'article I, paragraphe 1, me paraît judicieuse.

Question 3 Oui, il me semble convenant à l'article I, paragraphe 2, de faire de même en ce qui concerne le principe de l'accès à la justice.

Question 4 Le rappel au préambule de la définition de « crime international » me semble suffisant.

Questions 5 et 6 L'adoption du concept selon lequel la compétence universelle joue un rôle subsidiaire et de dernier recours me semble une idée utile qui favorise une vision progressiste de la justice transnationale.

Questions 6 et 7 Les critères qui figurent au paragraphe 204 du Rapport présentent un ensemble équilibré et raisonnable, parfaitement acceptable dans la phase actuelle de l'évolution de la communauté internationale.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Questions 8 à 10 L'ensemble des questions soulevées sous les domaines couverts par l'exposé envisagé dans cette dernière partie du Rapport mérite une attention particulière que je n'ai pas eu le temps d'étudier, et par conséquent, je m'abstiens à exprimer pour le moment une opinion là-dessus. J'espère d'ici à la réunion de l'Institut pouvoir apporter une réflexion utile.

Questions 11 et 12 Je suis en faveur de la formulation incluse à l'article 6 du Projet sans aborder l'élargissement possible pour inclure une organisation internationale, telle que les Nations Unies.

Questions 13 Enfin, aucun commentaire; sauf l'expression de mes félicitations au Rapporteur pour son excellent travail.

Commentaires de Mme Elisa Pérez Vera

Avant tout je tiens à vous féliciter pour votre excellent travail. Je suis largement d'accord avec le Rapport ainsi qu'avec le projet de résolution soumis à notre considération. Cet accord initial me permet d'être laconique à l'heure de répondre au questionnaire.

Question 1 l'exposé contenu dans le rapport me semble exact et suffisant. Je n'ai pas de compléments d'information à ajouter.

Questions 2, 3 et 4 Je partage l'option adoptée, respectivement, sur les trois points. Étant donné le développement actuel du droit international il me semble même nécessaire que l'IDI contribue à travers sa Résolution au renforcement de l'*opinio iuris* de principes essentiels dans le contexte du sujet abordé.

D'après l'expérience, l'acceptation du rôle subsidiaire de la compétence universelle s'impose. En même temps, il est adéquat d'affirmer l'importance du for de nécessité, surtout précisément du fait qu'il n'est pas connu dans de nombreux pays (points 5 et 6 du questionnaire). Quant aux critères servant à exprimer cette subsidiarité, ceux retenus au projet de résolution sont, en principe, adéquats par rapport à la finalité poursuivie (point 7).

Considérant le mandat de la Commission, l'attention accordée aux questions de procédure est appropriée; un approfondissement majeur pourrait préjuger des travaux futurs de l'Institut (point 8).

Pour la même raison, étant donné qu'on ne peut pas ignorer l'incidence de l'immunité de l'Etat sur le sujet traité, je soutiens le texte proposé à l'article 5 du projet de résolution (points 9 et 10).

Une recommandation de la sorte de celle contenue à l'article 6 du projet peut s'avérer convenable, même si, éventuellement, elle ne soit pas suivie (point 11).

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

En ce qui concerne la possibilité d'évoquer le droit à réparation des victimes de crimes internationaux dont la responsabilité incombe à une organisation internationale, une allusion à cet égard pourrait trouver sa place dans le préambule (par exemple, en suggérant que les principes du projet de résolution considéré devraient inspirer également le problème posé par la responsabilité des organisations internationales). Par contre, il ne me paraisse pas convenable inclure la formulation d'un tel droit dans la partie dispositive de la résolution, étant donné qu'elle devrait tenir compte des particularités des organisations internationales et des difficultés de consacrer le rôle subsidiaire de la compétence universelle dans de tels cas (point 12)

Commentaires de M. Bernard Audit

Question 1 Observations sur les pratiques émergentes (Partie II)

Les « pratiques émergentes » sont constituées pour l'essentiel de proclamations, dont les effets concrets semblent minces. Il est même parfois expressément précisé que la « responsabilité » des entreprises en matière de droits de l'homme se distingue des questions de responsabilité juridique (Rapport, paragraphe 50).

Une résolution du type envisagé, qui présente le même caractère, peut sembler un peu sommaire eu égard au caractère détaillé de ces différents instruments, en particulier trois qui semblent être les plus proches des préoccupations à l'origine du projet discuté :

- la Résolution des NU 60/147 de 2005 sur les principes fondamentaux et directives, concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (paragraphe 67)³⁷⁵.
- les Lignes directrices de l'ILA sur les meilleures pratiques en matière d'actions civiles pour violation des droits de l'homme (2012) (paragraphe 186).
- la Résolution n° 2/2010 de l'ILA sur la *Réparation en faveur des victimes de conflit armé* (paragraphe 93).

En droit positif, on constate des mouvements plutôt régressifs. Le texte le plus proche des préoccupations à l'origine du projet – l'ATS, qui est un texte national – fait aujourd'hui l'objet d'une interprétation qui réduit considérablement son application à des faits survenus hors du territoire américain (*Kiobel*). L'immunité souveraine a été confortée dans le

³⁷⁵ Le droit à réparation et l'accès à un tribunal y sont affirmés mais non attribués à l'individu personnellement.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

contexte des atteintes aux droits de l'homme par l'arrêt *Allemagne c. Italie* de la CIJ.

Question 2 Sur le rappel du principe du droit à réparation (article 1)

Bien que la résolution porte sur la compétence juridictionnelle, celle-ci est indissociable du droit dont elle vise à assurer la protection ; la compétence juridictionnelle est édictée en contemplation d'un droit substantiel (comme elle l'est dans l'*Alien Tort Statute*). Il ne serait donc pas suffisant de rappeler celui-ci dans le Préambule et l'article 1 paragraphe 1 est bien venu.

En second lieu et surtout, la rédaction du texte consacre un droit individuel.³⁷⁶

Ne convient-il pas mieux, à l'article 1 paragraphe 1, de parler « des préjudices » plutôt que « du préjudice » pour souligner que la compétence prévue ouvre réparation des dommages matériels et immatériels ? Contrairement à ce que laisse entendre le rapport (paragraphe 102), la perspective est ici plus *large* que celle d'une réparation de l'atteinte à la dignité (indépendamment de toute hiérarchie des valeurs). A ce sujet, on peut suggérer de substituer dans le Rapport (paragraphe 101) la notion de « valeurs » à celles de « bien protégé » et de « bien juridique ».

Question 3 Sur le principe de l'accès à la justice (article 1 paragraphe 2)

Il est encore plus indispensable de le mentionner.

Question 4 La référence à la notion de « crime international »

La réponse à la question est plutôt négative.

L'expression « crime international » paraît couramment usitée dans les textes internationaux. Néanmoins, pour un pénaliste, habitué à une définition stricte des infractions, cette notion, plus encore qualifiée par l'adjectif « grave », manque de précision. On peut ainsi relever un certain flou concernant le travail forcé : s'il est parfois mentionné comme « crime grave », il n'est pas cité dans l'énumération de la Résolution de Naples et sa réparation aurait été écartée devant les tribunaux allemands pour cause de prescription (rapport, paragraphe 23 *in fine*) ce qui paraît peu compatible avec la qualification de « crime international » (rapport, paragraphe 128).

La référence aux « crimes internationaux » énumérés au premier considérant pourrait donc avoir un effet restrictif dans certaines

³⁷⁶ V. également conséquence sur le caractère subsidiaire ou non de la compétence en réponse à la question 5.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

circonstances, même si l'énumération qui y figure ne se veut pas exhaustive (« tels que »). Dès lors que la résolution ne s'inscrit pas dans le domaine du droit pénal, ne pourrait-on, s'inspirant des développements du Rapport (paragraphe 101 et s.), parler d'agissements portant gravement atteinte à la dignité humaine (v. article 1 paragraphe 1) ?

Si l'on conserve la notion de « crime international » par souci de parallèle avec d'autres résolutions, la rédaction du premier considérant pourrait néanmoins être modifiée ainsi : « *Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend d'agissements que le droit international reconnaît comme portant gravement atteinte à la dignité humaine tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre* ».

En toute hypothèse, le deuxième considérant, reprenant une formulation de la résolution de Cracovie, mélange prévention et répression en parlant de « prévenir l'impunité ». Il serait préférable de les distinguer par la rédaction suivante: « la compétence universelle pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, objet de la Résolution de Cracovie de 2005, est un moyen *de prévenir ces crimes ou de mettre fin à leur impunité* ». V. à cet égard, Résolution de Naples sur l'immunité de juridiction des Etats en cas de crimes internationaux (2009), article 1 paragraphe 2.

Question 5 Sur le caractère subsidiaire de la compétence universelle (article 2)

L'idée est que certains Etats ont un intérêt prioritaire à se prononcer sur la réparation des comportements incriminés de sorte que les autres n'ont pas lieu d'exercer leur compétence juridictionnelle au titre de compétence universelle. On peut se demander si la notion de compétence universelle subsidiaire suppose que l'Etat appelé à exercer sa compétence ne présente par hypothèse *aucun* lien avec la situation sous-jacente (on pourrait parler de compétence universelle « à l'état pur ») ; auquel cas tout Etat auquel la situation se rattache présenterait des liens prépondérants par rapport à lui. Ou si la notion de compétence universelle peut encore s'appliquer lorsque la situation présente des liens avec l'Etat du for, alors que c'est davantage la notion de for de nécessité qui interviendrait ; ce sont ces liens qui justifieraient l'exercice de la compétence, non autrement prévue. On note que la disposition adoptée par l'ILA en 2012 sur le for de nécessité (rapport, paragraphe 186) prévoit que le for de nécessité « présente un lien suffisant avec le litige ».

Il est vrai que la question ne semble pas cruciale dans la mesure où l'article 2 paragraphe 3 lettre c) règle une sorte de litispendance entre juridictions nationales au profit de celle présentant des intérêts

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

prépondérants. Mais la compétence universelle peut se traduire par l'exercice d'actions portant sur des mêmes faits par un grand nombre de personnes devant des juridictions de pays différents. Il résulte de l'article 2 paragraphe 3 lettre c) une possibilité de concentration forcée des procédures ; mais pourrait-on l'imposer à des demandeurs qui préfèrent porter leur action devant un autre tribunal national ayant un lien sérieux avec l'affaire ?

Revenant à l'article 2 paragraphe 1, la condition b) est indiscutable. Mais il est à prévoir qu'elle suscite la difficulté suivante. Le défendeur – en particulier un Etat – ne manquera pas de plaider, d'une part, qu'il est l'Etat des liens « prépondérants » et que la compétence de ses tribunaux est offerte (parce qu'un ou plusieurs des liens en question sont des critères de compétence des « fors ordinaires » décrits aux paragraphes 160 et s. du rapport) ; d'autre part, que son droit prévoit les moyens de recours adéquats en vue de la réparation recherchée (tous les systèmes juridiques connaissent le principe de la responsabilité civile). C'est pourquoi il serait important que le droit à réparation soit affirmé comme le droit individuel, *selon le droit international*, de chaque victime d'un crime de droit international à obtenir réparation (d'un Etat ou d'une personne privée).

Le rapport exprime l'opinion qu'« en raison de la multiplicité des situations, il n'y a pas lieu de fournir des explications et directives dépassant le constat que le juridiction étrangère visée connaît un moyen de recourir raisonnablement disponible et effectif » (paragraphe 194). Il décrit cependant lui-même des éléments d'appréciation pertinents (paragraphes 195 à 200), dont certains pourraient trouver place dans le texte de la résolution.

Question 6 Lien avec for de nécessité

Comme indiqué sous la question précédente, on peut se demander s'il ne convient pas de distinguer le for de nécessité, visant le cas où la situation présente un lien avec le for mais où ce lien ne correspond pas à un chef de compétence, de la compétence universelle, susceptible d'être exercée en l'absence de tout lien. Il est vrai aussi que la distinction n'est pas étanche : ainsi dans le cas d'un demandeur établi dans l'Etat du for au moment où il intente l'action mais qui n'avait aucun lien avec lui au moment des faits à l'origine de sa demande. V. à ce sujet le cas suisse cité paragraphe 189.

Question 7 Sur les critères de la subsidiarité (article 2 ; rapport, paragraphe 204)

Ainsi que déjà noté en réponse à la *question 5*, le défendeur, Etat ou personne privée, sera le plus fréquemment en mesure d'invoquer le fait

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

que le système juridique étranger prévoit une action susceptible d'être exercée; toute la question sera alors de savoir si le moyen de recours est « raisonnablement disponible ».

De même, s'agissant de la « réparation appropriée et effective », le défendeur sera toujours en mesure de plaider que le droit du for revendiqué comme ayant un intérêt prépondérant reconnaît le principe de la réparation des dommages. La difficulté réside donc dans le caractère effectif des moyens et règles invoqués.

Suggestions de rédaction :

- au point 2 paragraphe 1 lettre b) : « un moyen de recours raisonnablement disponible pour les *demandeurs et pouvant leur permettre d'obtenir* une réparation appropriée et effective » (ne pas préjuger le fond).
- à l'article 2 paragraphe 2 : plutôt que « sont aptes à mener », « se prêtent au déroulement d'une procédure »

Question 8 Sur les autres questions de procédure (articles 3 et 4)

Article 3 : L'expression « obstacles juridiques » apparaît trop large, car elle pourrait inclure aussi bien le fond alors que c'est l'exercice d'une action qui est visé. Ne peut-on aller jusqu'à parler d'obstacles « de fait » ou « matériels » (incluant le défaut d'information)?

Article 4 : L'importance de la possibilité d'exercice de recours collectifs est justement soulignée dans le rapport ; d'où l'opportunité de les évoquer dans la résolution. Mais l'expression « s'efforcer de mettre en place », qui évoque une obligation de moyens, semble un peu faible. Ne pourrait-on dire « mettre en place, de manière permanente ou en tant que de besoin », ce dernier membre de phrase visant des procédures exceptionnelles mises en place à l'occasion de faits déterminés ?

Question 9 L'immunité des Etats

La question de l'immunité ayant été mentionnée dans la Résolution de Naples, on peut difficilement faire moins dans celle-ci. De plus, elle n'est abordée qu'à l'égard d'un type d'action précis. Mais la rédaction adoptée à Naples et reprise ici constitue tout au plus un discret encouragement à faire évoluer la question de l'immunité dans ce contexte (nonobstant la position conservatrice prise par la CIJ en 2012).

Suggestions de rédaction pour le dernier considérant. Préciser tout d'abord « l'immunité souveraine » ou « l'immunité des Etats ». Le considérant emprunte une formule maladroite de la Résolution de Naples, selon laquelle « la levée de l'immunité constitue un moyen » de venir en aide aux victimes. Il serait plus exact de parler de l'immunité comme un obstacle à la réparation (ainsi que le fait au demeurant l'article II (2) de la

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Résolution de Naples elle-même), d'où la suggestion de rédaction suivante : « *Rappelant de surcroît que l'immunité des Etats contre des procédures engagées contre eux devant des juridictions nationales par les victimes de crimes internationaux constitue pour ces victimes un obstacle à une réparation effective* ». On pourrait même envisager de qualifier l'obstacle (par exemple d'« illégitime »).

Parce que l'article 5 a pour objet l'immunité, il vise à deux reprises « l'Etat », ce qui pourrait faire oublier que la compétence universelle permet également de connaître de demandes de personnes privées. A noter également que la formule utilisée s'applique à l'immunité souveraine sous ses deux formes : au premier chef, l'immunité de juridiction devant le for saisi ; mais aussi l'exécution d'une décision rendue. Pour tenir compte de ces deux remarques, on peut suggérer la rédaction suivante : « *Le principe de l'immunité des Etats ne doit pas rendre sans effet l'obligation éventuelle de l'un d'eux de répondre du dommage causé aux victimes de crimes internationaux et de le réparer* ».

Question 10 La solution de la lettre b) est préférable à celle de la lettre a). Il est permis d'envisager un texte plus élaboré.

Question 11 L'incitation à insérer une disposition sur la compétence universelle dans les traités (article 6)

La disposition est inoffensive. On peut douter de son impact.

Question 12 Cas des Nations Unies (Pas d'opinion sur ce point)

Question 13 Commentaires additionnels

a) Les ayants droit des victimes ne sont nulle part mentionnés dans le projet alors que le type d'action visé par la résolution est largement susceptible d'être exercé alors que la personne ayant souffert des agissements dénoncés n'est plus. A l'article 2 paragraphe 1, première phrase, on pourrait lire : « connaître des demandes en réparation des victimes d'un crime international, *ou de leurs ayants droit*, à condition que... ».

b) Le projet n'évoque pas la reconnaissance des décisions rendues par le for exerçant une compétence universelle. Or il est très envisageable que la décision rendue ne puisse s'exécuter dans l'Etat du for d'origine parce qu'un Etat défendeur n'y possède que des locaux diplomatiques ou autres biens échappant par nature à toute exécution ; d'où peut-être l'opportunité d'évoquer la reconnaissance dans les Etats tiers de la décision rendue sur le fondement de la compétence universelle.

* * *

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Commentaires de M. Franz Matscher

Question 1 En particulier aux nos. 39, 40, 44.

L'article 28 de la loi autrichienne sur la juridiction (« Jurisdiktionsnorm ») prévoit un *forum necessitatis*, à déterminer par la Cour suprême (OGH) sur requête du demandeur, en l'absence d'un for ordinaire en Autriche, et lorsqu'une poursuite de l'action n'est pas possible ou n'est pas raisonnable (« zumutbar ») à l'étranger. La jurisprudence et la doctrine en ont déduit que le litige doit comporter un lien avec l'espace juridique autrichien. La réforme de la loi de 1997 a expressément abrogé la nécessité d'un tel lien. Elle a pourtant introduit la condition que le demandeur doit être citoyen autrichien ou avoir sa résidence ou son siège en Autriche. Une règle analogue a été réclamée pour le droit allemand (GEIMER, IZVR, 6^{ème} éd., 2008, nos. 960, 1022 ss). Une telle règle serait de nature à satisfaire aux besoins en cause.

Question 2 Un texte normatif devrait s'abstenir de rappeler des principes (*lex iubeat, non doceat*); éventuellement, on pourrait inclure un tel rappel dans le préambule.

Question 3 voir ad 2

Question 4 Oui.

Questions 5 et 6

a) Dans la mesure où la législation d'un Etat connaît un for ordinaire compétent pour juger des demandes en réparation ou, lorsque, dans un cas concret, les conditions requises pour faire jouer un tel for ne sont pas réunies, mais elle connaît un *forum necessitatis* (voir sub 1), l'introduction du concept de "compétence universelle" n'est pas nécessaire.

b) Pour les autres Etats, une règle consacrant une compétence civile universelle serait apte à résoudre le problème devant nous. Pour être applicable en droit interne, pour les Etats qui ne connaissent pas le système de la transformation automatique du droit international en droit interne, la règle en question devrait être incorporée dans la législation interne par un acte du législateur national. Dans cette hypothèse, une règle sur la compétence civile universelle aurait un caractère subsidiaire.

Question 7 Suivant l'approche sub 5/6 lettre a), un problème de subsidiarité ne se pose pas. Pourtant, on pourrait songer à l'introduction d'une règle similaire à celle des articles 27-29 Bruxelles I. En ce qui concerne sub 5/6 lettre b), une énumération des intérêts des Etats en cause, comme prévue à l'article 2 lettres a) et b) du projet de résolution, me paraît être judicieuse. Néanmoins, le terme d'"intérêts prédominants"

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

est vague et il pourrait conduire à des conflits de juridiction, ou détriment des demandeurs en réparation.

Question 8

- a) Au sujet de la portée du droit à l'accès effectif à un tribunal. Il existe une jurisprudence très riche de la Cour de Strasbourg relative à l'article 6 de la CEDH. Elle embrasse les questions de l'assistance judiciaire, de la caution du demandeur (et du défendeur), de l'indépendance et de l'impartialité du juge, du régime des preuves, de la décision dans un délai raisonnable. Toutes ces questions sont une émanation de l'idée du procès équitable. Je propose un amendement de l'article 3 du projet dans le sens suivant: „Les Etats sont tenus à prendre les mesures nécessaires pour assurer aux justiciables un procès équitable. En particulier, ils doivent limiter autant que possible les obstacles ...
- b) En ce qui concerne les procédures collectives (article 4 du projet), elles constituent des instruments dont la réglementation doit être laissée au législateur national; en conséquence, je trouve que l'Institut doit se contenter d'une sorte de recommandation, comme prévue dans le projet (en dépit des remarques ad 2).

Question 9 Le fonctionnement de la règle sur la compétence civile universelle (ad 5/6) présuppose la compétence internationale des tribunaux qui ne doit pas être entravée pour l'immunité de l'Etat ou des ses organes. Il me paraît correct d'insérer cette règle expressément dans l'article 5 du projet.

Question 10 Une résolution de l'Institut constituant une amorce ou un croquis d'un acte normatif dont l'Institut recommande l'adoption par les Etats devrait être formulée autant que possible comme un projet d'un tel acte. Il en suit que l'article 5 du projet devrait contenir une élaboration auto-suffisante de la règle en question et ne pas se contenter d'une simple énonciation du principe ou d'un rappel d'autres résolutions de l'Institut (c'est donc la variante c) que je propose).

Question 11 D'après la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'obligation de l'Etat d'exécuter les jugements de ses tribunaux ainsi que la possibilité de faire reconnaître et d'exécuter ces jugements dans un autre pays, constitue un élément du droit d'accès effectif (supra, ad 8 lettre a). Le principe pourrait faire l'objet d'une règle à insérer dans le projet.

La recommandation de l'article 6 du projet (référence à la Conférence de La Haye de droit international privé) ne nuit pas, mais elle n'est pas d'une grande utilité, vu que, à présent, nous ne devons pas attendre des grands résultats des travaux de la Conférence.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

En effet, au moins dans le cadre européen, le problème en question fait l'objet d'initiatives au sein des Communautés européennes (Bruxelles I).

Question 12 Oui.

Question 13 Le sujet du rapport provisoire est plus restreint de ce que semble énoncer son titre, lequel, pour sa part, s'inspire de la dénomination, elle aussi trop large, de la Commission I. En réalité, on songe à quelque chose d'analogue à la Résolution de Cracovie. En conséquence, aligner le titre du rapport et la dénomination de la Commission I dans le sens suivant: "La compétence universelle civile des tribunaux relative à la réparation des dommages résultant de crimes internationaux" (ou quelque chose de semblable).

Comments by Mr Mojtaba Kazazi

Many thanks for your great work and for your kind patience. Here are some preliminary remarks on your thought-provoking Questionnaire for your review and possibly for further discussion with the Committee members:

Question 2 Yes, I believe it is important to recall the right to reparation in the resolution. However, I am not sure about the "effective" as a qualifier, since normally in expropriation literature this refers to the currency of compensation. Perhaps "appropriate" is sufficient, particularly as "effective" is used in a different sense in paragraph 2.

Question 3 Yes, I also think "effective" is the right word here.

Question 4 Yes to both parts of the question.

Question 5 For the first part, I fully agree that the concept of universal jurisdiction should play a subsidiary role and as a last recourse. The second part of the question is important and delicate; I hope this can be further discussed at the Committee.

Questions 6 and 7 Article 2 (1) and a): Affirmative. Article 2 (b) and 2: I am concerned because of the subjectivity of "reasonably available remedies that afford appropriate and effective redress" in b); and of the subjectivity of "capable of conducting the remedial process in compliance with the requirements of due process" in 2. Article 2(3): Affirmative.

Question 8 Issue of burden of proof is important and perhaps could be referred to in the resolution. In that regard, I note that the propositions in paragraph 210 of the Rapport in favour of the application of "pre-trial discovery" in the sense used in the US law, can be controversial and requires further discussion and elaboration.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Article 3: this article may need more clarifications. It may be too much to require that States "should take measures to minimize the legal and financial obstacles..." and I wonder how practically that could be done?
- Article 4: To ensure the possibility of class action is a good idea. For that purpose some additional clarification in the article could be helpful. For instance, the word "collectively" can be added at the very end.

Questions 9 and 10 Affirmative to *question 9*. I think the present approach adopted in Article 5 to hedge against issues that may arise from the State immunity is fine, with perhaps a bit more clarification on the language. Fortunately Lady Fox who was the Rapporteur of the Naples Resolution is on the Committee and I defer to her views on this matter.

Question 11 This is an interesting proposal and in principle I support it. I have some doubt however on the compatibility of the right of the victims of international crimes to access to justice (as a matter of public international law) with the private international law instruments on civil and commercial matters. Also whether every instrument should include this matter? Therefore further discussion on this article will be helpful.

Question 12 I am not sure that the responsibility of international organizations should not be mentioned at all. The issues and situations arising from the ever-increasing peace-keeping and other similar UN operations are important though the occasional damage caused to civilians in those operations normally cannot be characterized as international crime. I understand this is a delicate and complicated issue and may expand the scope of the study; nevertheless, I suggest this is another matter that may need further discussion at the Committee.

Commentaires par M. Pierre Gannagé

Question 2 Il me paraît utile de rappeler le principe du droit à réparation des victimes dans le projet de résolution. Cette réparation, comme l'indique à juste titre le projet, doit être appropriée et effective. Sa concrétisation dépend de la mise en œuvre de l'obligation des Etats dans ce domaine. Cette mise en œuvre n'est pas toujours établie et son défaut prive la victime de toute réparation effective.

Question 3 Il en est de même du principe de l'accès à la justice. Cet accès, pour être effectif, suppose souvent une coopération judiciaire entre les Etats dont dépend la possibilité donnée aux victimes de recourir à un Tribunal compétent (voir les observations du rapporteur – Partie IV-n° 208).

Question 4 L'expression « crime international » a déjà été utilisée par l'Institut dans sa Résolution de Cracovie sur la compétence universelle en matière pénale. Elle a le mérite de la souplesse. La

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

définition qui en est donnée dans le préambule du projet de résolution, du fait qu'elle met l'accent sur l'atteinte à la dignité de la personne humaine, en assure l'universalité et doit être pleinement approuvée. Elle n'est pas limitative et n'exclue pas que d'autres crimes que ceux cités puissent être ainsi qualifiés, s'ils mettent en cause cette dignité. Il me paraît souhaitable qu'à côté du génocide, de la torture, le terrorisme qui sévit de plus en plus, soit expressément mentionné. L'opportunité d'effectuer cette mention a sans doute été discutée lors de l'établissement de plusieurs instruments internationaux. Elle pourrait être examinée à nouveau par l'Institut.

Questions 5 à 7 Ces questions peuvent être examinées ensemble. Elles portent sur le caractère subsidiaire de la compétence universelle qui la rapproche du for de nécessité. Cette subsidiarité me paraît devoir être admise, même si elle conduit à restreindre le domaine de la compétence universelle. Elle se justifie du fait que la victime trouve déjà dans les règles ordinaires de la compétence judiciaire internationale des Etats des voies d'accès à la justice. Ces règles sont en effet généralement fondées sur des rattachements appropriés, adaptés à une conduite satisfaisante du procès en réparation du préjudice. C'est seulement lorsque ces règles se trouvent en défaut que les juridictions des Etats qui n'ont pas de liens avec le litige, devront accepter de connaître de l'action en réparation. Cela pourra résulter de l'absence d'un Tribunal qui se déclare compétent, ou du Tribunal d'un Etat qui, quoique compétent, n'est pas apte à répondre aux exigences d'un procès équitable (cas visé par l'article 2 paragraphe 2 du projet de résolution).

J'éprouve des hésitations quant à la nécessité de préciser la teneur de ces critères par référence aux intérêts prépondérants des Etats dont la compétence devrait être retenue préalablement à l'admission de la compétence universelle. L'appréciation de ces intérêts ne me semble pas toujours aisée. Il est vrai que l'article 2 lettres a) et b) du projet de résolution prend soin de fonder ces intérêts sur les "liens des Etats avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'eu égard aux faits et aux circonstances pertinentes". Je serai cependant porté dans cet article à mentionner encore d'une manière plus directe et plus expresse les intérêts de la victime dont le souci de protection constitue le fondement de l'établissement de la compétence universelle des Etats dans le domaine des crimes internationaux.

Ce souci commande le régime de la subsidiarité. C'est en effet l'impossibilité dans laquelle se trouve la victime d'avoir accès à un Tribunal impartial apte à connaître de son action qui fonde les obligations des Etats à admettre leur compétence. La compétence universelle peut

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

alors ne s'appuyer sur aucun rattachement, du fait que le crime international qui a causé le préjudice a violé les exigences universelles de la dignité humaine. Elle s'écarte alors de la compétence du for de nécessité qui, dans les Etats où il est admis, repose le plus souvent sur un minimum de liens du litige avec le for.

Le souci d'assurer la protection de la victime justifie aussi que la subsidiarité doive être appliquée avec une grande souplesse pour répondre aux différents cas où la saisine par la victime d'un Tribunal compétent se heurte à des obstacles pratiquement insurmontables. Ces obstacles peuvent être de différente nature. Ils se trouvent judicieusement mis en relief et examinés dans le rapport provisoire (n° 190 à 204).

Il ne sera pas ainsi requis, pour fonder la compétence universelle de la juridiction d'un Etat, d'établir nécessairement l'incompétence des juridictions d'autres Etats. Il suffira de montrer avec pertinence les raisons pour lesquelles la saisine de ces juridictions ne peut être envisagée.

Question 8 J'approuve sur ce point le projet de résolution.

Questions 9 et 10 L'article 5 du projet de résolution relatif à l'immunité des Etats me paraît suffisant. Cependant je ne serai pas opposé à l'établissement d'un texte plus élaboré, si la commission l'estimait nécessaire.

Question 11 Il me paraît souhaitable, comme l'article 6 du projet de résolution le recommande, que le droit d'accès à la justice des victimes de crimes internationaux soit dûment pris en compte lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et à l'exécution des jugements en matière civile et commerciale.

Question 12 On peut de fait hésiter sur la nécessité d'introduire dans le projet de résolution une disposition spécifique consacrée aux victimes des crimes internationaux dont la responsabilité incombe à une organisation internationale.

Commentaires de Mme Alegría Borrás

À titre d'introduction, j'aimerais souligner le caractère difficile du sujet, après toute la série de résolutions de l'Institut en rapport avec la protection des droits fondamentaux, les obligations et les droits *erga omnes*, la compétence universelle en matière pénale, ainsi qu'avec les immunités des Etats et ses agents. La compétence universelle en matière civile devient un élément important d'une grande difficulté technique que le rapporteur a su comment surmonter en allant des règles générales de droit international public à la partie plus technique du droit international privé, à savoir, la compétence judiciaire internationale et la

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

reconnaissance et exécution des décisions étrangères. Et, dans tous les cas, en prenant en considération les divergences dans les attitudes des Etats.

Question 1 La première partie du rapport contient une description très intéressante et très mise-à-jour de la situation de l'accès aux tribunaux, en faisant une étude comparative de l'actualité aux Etats-Unis et, plus récemment, dans d'autres Etats. Une mention spéciale dans cette partie mérite l'attention prêtée aux travaux des Nations Unies dans l'idée d'avoir une convention internationale sur les entreprises et les droits de l'homme, avec toute l'importance du rapport de John Ruggie en 2011. Si une question manque dans cette partie ainsi que dans d'autres points, c'est la référence à des questions et la bibliographie relative à l'Union Européenne. En raison de son caractère général, on parlera de ce point au n° 13.

Question 2 Oui, il me semble non seulement judicieux, mais tout-à-fait nécessaire. En effet, avec la compétence universelle en matière civile on cherche la réparation des dommages subis par les victimes et c'est la raison pour trouver cette idée dans la résolution.

Question 3 Oui. C'est la conséquence logique de l'existence d'un droit à réparation. En effet, on doit fournir le procédé nécessaire pour permettre aux victimes d'accéder à la justice. A défaut, la victime subirait un déni de justice et serait privée de son droit à réparation (comme on dit au paragraphe 131 du rapport).

Question 4 A mon avis, la solution est acceptable, en tenant compte que la définition est incluse dans le préambule et pas dans la partie dispositive du projet de résolution. En tout cas, la définition sera discutée parce qu'il y a eu des modifications dans les successifs textes de l'Institut, bien que dans la proposition de préambule on suit l'évolution et discussions plus récentes au sein de l'Institut.

Question 5 Cette question (suivie par les questions n° 6 et 7) constitue, à mon avis, la partie plus difficile et plus intéressante, en tant qu'elle se réfère aux mécanismes spécifiques de la justice civile. Je trouve une solution acceptable parce qu'elle laisse la place prioritaire aux critères pour déterminer la compétence dans le droit en vigueur dans les différents Etats et applique le critère de compétence subsidiaire seulement quand il n'y a pas un autre. Je ne trouve pas d'autres possibles approches.

Question 6 La proposition et le raisonnement du Rapport me semblent adéquats et très équilibrés, de sorte que je ne crois pas que ça pose des problèmes plus graves, en tenant compte, en tout cas, des considérations que se trouvent dans le n° 7.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Question 7 L'article 2 du projet de résolution constitue, sans doute, le plus important de tout le texte, mais aussi le plus difficile. En fait, l'article 2 a comme objectif de concrétiser la subsidiarité, nécessaire pour rendre effective la compétence des tribunaux d'un Etat. Le problème est, sans doute, l'interprétation des mots « intérêts prépondérants », ouverte mais peut-être trop indéterminée, ce qui peut conduire aux problèmes de la compétence universelle classique, surtout en matière d'efficacité des décisions. On pourrait lier ce problème avec l'intérêt pratique de favoriser tant que possible la compétence des tribunaux du lieu où les dommages ont eu lieu. Il faut souligner l'importance du mécanisme introduit à l'article 2 paragraphe 3, bien que le problème relatif aux « intérêts prépondérants » persiste à la lettre c).

Question 8 C'est une option qui, en principe, est acceptable ; elle pose le problème de savoir comment les ordres juridiques internes vont trouver des solutions pour les autres questions. La seule chose que je trouve qu'on devrait aussi mentionner dans la résolution serait la litispendance, qui peut se produire comme conséquence de différentes actions intentées par des victimes.

Question 9 Oui. L'importance de l'arrêt du 3 février 2012 dans l'affaire Immunités juridictionnelles de l'Etat a mis en relief les liens et les difficultés entre les deux questions. Pour l'Institut, il est difficile aller au-delà des conclusions de Naples, mais, comme dit le rapport (paragraphe 252 et 256), la responsabilité de l'Etat auteur de crimes de droit international reste entière malgré l'immunité qu'il est en droit d'invoquer devant un for étranger.

Question 10 La solution qui se trouve à l'article 5 constitue pour le moment la plus facile à être acceptée, bien que un texte plus élaboré soit préférable, ce que pour le moment ne semble pas possible (ou réaliste).

Question 11 Absolument oui. Et je dois souligner l'intérêt que ce point soit pris en compte, non seulement dans les textes sur l'exécution des jugements, mais également dans les instruments relatifs à la compétence. La Conférence de La Haye de droit international privé devrait pouvoir jouer un rôle important dans ce sens et, à présent, dans l'élaboration du texte sur l'exécution des décisions, bien que son futur soit imprécis. La délimitation du domaine d'application de la possible Convention, ainsi que la détermination des raisons pour la non reconnaissance et exécution son importantes à cet égard.

Question 12 Je crois judicieux de ne pas évoquer les cas de responsabilité d'une Organisations internationale. Peut-être on devrait changer le titre de la résolution, dans le sens d'inclure seulement la

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

compétence universelle en matière civile relative à l'Etat et ses agents en cas de crimes internationaux.

Question 13 Tel qu'annoncé au n° 1, dans quelques passages du rapport, on pourrait faire une plus large référence à des questions relatives à l'Union Européenne. Il s'agirait d'évoquer l'importance et les conséquences de l'arrêt de la Cour de Justice du 15 février 2007 dans l'affaire *Lechouritou*³⁷⁷ ou, encore, les conséquences de l'arrêt du 12 septembre 2013 dans l'affaire *Sunico*. Il ne faut pas oublier que, en plus d'autres règlements plus spécifiques, dans le Règlement 2015/2012 (Bruxelles I *recast*) concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et dans le Règlement 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, on exclut de leur domaine d'application les *acta iure imperii*. Il convient d'ajouter encore que, bien qu'on ait discuté de la possibilité d'inclure un for subsidiaire ou un for de nécessité dans le Règlement 2015/2012, on n'est pas arrivé à un accord. L'expérience européenne, bien que géographiquement limitée, mérite une plus large présence dans les travaux de l'Institut.

Commentaires de M. Ibrahim Fadlallah

Je vous remercie infiniment de m'avoir fait lire votre rapport. Quel travail ! J'y ai beaucoup appris. Mes compétences sont cependant plus de droit privé que de droit public.

Cela dit, j'approuve totalement la résolution y compris l'article sur l'immunité. C'est bien le minimum, pour que notre résolution soit efficace, que de réaffirmer la nécessité d'un droit d'accès à la justice. Je pense à la pratique des accords de siège : l'immunité y est le plus souvent (précaution de paresseux) assortie de la nécessité d'une solution alternative effective.

Sinon, c'est le risque de déni de justice.

Or, dans la mesure où la résolution pourrait s'appliquer à des Etats (peu sensibles aux sanctions pénales internationales) seule la sanction civile efficace peut constituer un frein.

Cela dit, je ne suis pas certain que cette session se prête à un nouveau débat général sur l'immunité. Le rapport me semble conçu limitativement à cet égard mais je ne suis pas le mieux placé pour en juger.

³⁷⁷ Sur cette décision et ses conséquences, A. Borrás et J.D. González Campos, « International Jurisdictional Immunities in Community Regulations », *Rett og toleranse, Festskrift til Helge Johan Thue 70 år*, Oslo, 2007, p. 186 ss, et, des mêmes auteurs, « La inmunidad de ejecución de los Estados y sus bienes : en torno a la STJCE de 15 de febrero de 2007 (Asunto C-292/05, Lechouritou) », *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 23 (julio – septiembre 2007), p. 421 ss).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Commentaires de M. A.V.M. Struycken

J'exprime ma grande admiration pour le rapport. Bien construit, bien documenté, une claire ligne de pensée: tout-à-fait à la hauteur d'une bonne résolution de l'Institut. J'ai constaté que je ne peux rien ajouter qui aurait une valeur substantielle, étant donné la richesse de la documentation et la solidité des développements. Je voudrais uniquement soulever deux points:

Au paragraphe 140, il se pose la question de savoir quelles sont, en droit international public, les limites des pouvoirs d'un Etat pour négocier un arrangement en faveur de victimes ? Vise-t-on uniquement les victimes qui sont ses nationaux ? Autrement dit, quelles victimes par hypothèse mécontentes peuvent se soustraire à un arrangement sans se voir opposer celui-ci par l'autre Etat partie ?

Au paragraphe 204, je me suis demandé si un État, disons européen, peut se soustraire à mettre en œuvre la compétence universelle, ce sur la base du texte proposé, paragraphe 1, lettre a), si, par hypothèse, les adversaires du dictateur d'un pays étranger veulent engager une procédure en Europe. Le paragraphe 2 se borne à poser l'exigence de *due process*, sans reprendre le membre de phrase « *afin de leur accorder une réparation appropriée et effective* » figurant au paragraphe 1, lettre b). Ne serait-il pas préférable d'insérer cette partie dans la deuxième ligne, juste avant « à condition que » (suivi d'une adaptation de la dernière ligne du paragraphe 3, lettre c) ?

Bibliographie

- Ademuni-Odeke, « An Examination of the Bases for Criminal Jurisdiction over Pirates Under International Law », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 22, 2014, pp. 305-339.
- Alford, Roger P., « The Future of Human Rights Litigation after *Kiobel* », *Notre Dame Law Review*, 89, 2014, pp. 1749-1772.
- Alschner, Wolfgang, et Elisabeth Tuerk, « The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development », *Investment Law within International Law*, Cambridge, 2013, pp. 217-231.
- Alter, Karen J., *et al.*, « A New International Human Rights Court for West Africa: The Ecowas Community Court of Justice », *AJIL*, 107, 2013, pp. 737-779.
- Altholz, Roxanna, « Chronicle of a Death Foretold : The Future of U.S. Human Rights Litigation Post-*Kiobel* », *California Law Review*, 102, 2014, pp. 1495-1552.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Álvarez Torné, María, « El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE », *REDI*, 65, 2013, pp. 157-190.
- Ambach, Philipp, « International Criminal Responsibility of Transnational Corporate Actors Doing Business in Zones of Armed Conflicts », *Investment Law Within International Law*, Cambridge, 2013, pp. 51-81.
- Andreoli, Francesca, « Immunità delle Nazioni Unite e protezione equivalente : l'affaire Associazione Madri di Srebrenica », *RDI*, 47, 2014, pp. 443-462.
- d'Argent, Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles, 2002.
- idem*, « Le droit à la responsabilité internationale complété ?, Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », *AFDI*, 51, 2005, pp. 27-55.
- Banifatemi, Yas, « La restitution des avoirs juifs en déshérence sous l'angle du droit international public », *AFDI*, 44, 1998, pp. 76-113.
- Barker, Craig, « International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy), Judgment of 3 February 2012 », *ICLQ*, 62, 2013, pp. 741-52.
- Barriga, Stefan, et Claus Kress (éd.), *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge, 2012.
- Bathia, Kedar S., « Reconsidering the Purely Jurisdictional View of the Alien Tort Statute », *Emory International Law Review*, 27, 2013, pp. 447-508.
- Baumgartner, Samuel P., « Human Rights and Civil Litigation in United States Courts: The Holocaust Era Cases », *Washington University Law Quarterly*, 80, 2002, pp. 835-855.
- Beauchamp, Sylvain, « The New Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland », *The Journal of World Investment*, 3, 2002, p. 999-1035.
- Benvenisti, Eyal, *The International Law of Occupation*, 2^e éd., Oxford, 2012.
- idem*, « Individual Remedies for Victims of Armed Conflicts in the Context of Mass Claims Settlements, Coexistence, Cooperation and Solidarity », *Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, tome 2, Leiden, 2011, pp. 1085-1105.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- idem*, « Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders », *AJIL*, 107, 2013, pp. 295-333.
- Bernasconi, Christophe, « La responsabilité civile pour dommages résultant d'une atteinte transfrontière à l'environnement : un cas pour la Conférence de La Haye ? », *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents*, tome 19-I, pp. 320-411.
- Bianchi, Andrea, « Gazing at the Crystal Ball (again): State Immunity and Jus Cogens beyond Germany v. Italy », *JIDS*, 4, 2013, pp. 457-475.
- Behrendt, Philipp, et Donata Freiin von Enzberg, « Auf dem Weg zur Class Action in Europa? », *RIW*, 60, 2014, pp. 253-259.
- Boisson de Chazournes, Laurence, « Immunités, responsabilisation des organisations internationales et protection des droits individuels », *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, 2015, pp. 285-300.
- Bonafè, Beatrice I., « L'esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell'immunità delle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle Madri di Srebrenica », *RDI*, 95, 2012, pp. 826-829.
- Bonfanti, Angelica, « Diritti umani e imprese multinazionali dinanzi ai giudici europei: sulla revisione del regolamento (CE) N. 44/2001 », *RDIPP*, 47, 2011, pp. 697-720.
- idem*, *Accountability of Multinational Corporations for Human Rights and Environmental Abuse: How Far Can Extraterritorial Jurisdiction Go?*, *Rethinking International Law and Justice*, Surrey, 2015, pp. 151-177.
- Boschiero, Nerina, « Corporate Responsibility in Transnational Human Rights Cases, The U.S. Supreme Court Decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* », *RDIPP*, 49, 2013, pp. 249-292.
- idem*, « Jurisdictional Immunities of the State and Exequatur of Foreign Judgments : A Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in *Germany v. Italy* », *International Courts and the Development of International Law, Essays in Honor of Tullio Treves*, La Haye, 2013, pp. 781-824.
- idem*, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights and the Question of Universal Civil Jurisdiction in Transnational Human Rights Cases, The U.S. Supreme Court Decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum**, *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Turin, 2014, pp. 3-49.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Bothe, Michael, « Remedies of Victims of War Crimes and Crimes against Humanities : Some Critical Remarks on the ICJ's Judgment on the Jurisdictional Immunity of States, *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, 2015, pp. 99-115.
- Van Boven, Theo, « Victims' Rights to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines », *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Leiden, 2009, pp. 19-40.
- Bradley, Curtis A., « Attorney General Bradford's Opinion and The Alien Tort Statute », *AJIL*, 106, 2012, pp. 509-530.
- Brody, Reed, « Bringing a Dictator to Justice, The Case of Hissène Habré », *Journal of International Criminal Justice*, 2015, pp. 1-9.
- Bucher, Andreas, « La compétence universelle civile », *Recueil des cours*, tome 372 (2014), pp. 9-127.
- idem*, « L'immunité de l'Etat confronté à ses crimes », *RSDIE*, 24, 2014, pp. 553-577.
- Buergethal, Thomas, « Arbitrating Entitlement to Dormant Bank Accounts », *ICSID Review*, 15, 2000, pp. 301-321.
- Buxbaum, Richard M., et David D. Caron, « The Alien Tort Statute: An Overview of the Current Issues », *Berkeley Journal of International Law*, 28, 2010, pp. 511-518.
- Caflisch, Lucius, « Human Rights and Sovereign Immunity », *The Protection of Human Rights at the Beginning of the 21st Century*, Baden-Baden, 2012, pp. 29-40.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto, « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium », *Recueil des cours*, tomes 316 (2005), pp. 9-440, 317 (2005), pp. 9-312.
- idem*, « Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet du droit international », *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, pp. 157-173.
- idem*, « Genesis and Evolution of the State's Duty to Provide Reparation for Damages to Rights Inherent to the Human Person », *L'homme et le droit, En hommage à Jean-François Flauss*, Paris, 2014, pp. 145-179.
- Cannizzaro, Enzo, « Is there an Individual Right to Reparation ?, Some Thoughts on the ICJ Judgment in The Jurisdictional Immunities Case », *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, pp. 495-502.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Capus, Nadia, « Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht », *Recht*, 24, 2006, pp. 247-254.
- Cassel, Doug, « Suing Americans for Human Rights Torts Overseas : The Supreme Court Leaves the Door Open », *Notre Dame Law Review*, 89, 2014, pp. 1773-1812.
- Chander, Anupam, « Unshackling Foreign Corporations: Kiobel's Unexpected Legacy », *AJIL*, 107, 2013, pp. 829-834.
- Ciampi, Annalisa, « The International Court of Justice Between "Reason of State" and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes », *RDI*, 95, 2012, pp. 374-398.
- Clopten, Zachary D., « Replacing the Presumption against Extraterritoriality », *Boston University Law Review*, 94, 2014, pp. 1-53.
- Colangelo, Anthony J., « The Legal Limits of Universal Jurisdiction », *Virginia Journal of International Law*, 47, 2006-07, pp. 149-198.
- idem*, « Kiobel: Muddling the Distinction Between Prescriptive and Adjudicative Jurisdiction », *MJIL*, 28, 2013, pp. 65-75.
- Condorelli, Luigi, « Protection diplomatique réussie et réparation due : une glose », *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, pp. 477-486.
- Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Vingtième session 2005*, tome II, Cambridge, 2013.
- Conforti, Benedetto, « The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity », *Italian Yearbook of International Law*, 21, 2011, pp. 135-142.
- Crain, John E., « Scope of Liability under the Alien Tort Statute: The Relevance of Choice of Law Doctrine in the Aftermath of *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* », *Pace Law Review*, 32, 2012, pp. 543-565.
- Crawford, James, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, Paris, 2003.
- idem*, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002.
- idem*, *State Responsibility, The General Part*, Cambridge, 2013.
- Crook, John R., « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law », *AJIL*, 105, 2011, pp. 775-818.
- Damrosch, Lori Fisler, « Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures », *Recueil des cours*, tome 269 (1997), pp. 9-250.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Davidov, Veronica, « Aguinda v. Texaco Inc.: Expanding Indigenous 'Expertise' Beyond Ecoprimitivism », *Journal of Legal Anthropology*, 1, 2010, pp. 147-164.
- De Schutter, Olivier, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *AFDI*, 52, 2006, pp. 55-101.
- De Schutter, Olivier, *e al.*, Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, 34, 2012, pp. 1084-1169.
- Deva, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations, Humanizing Business*, Londres, 2012.
- Deva, Surya, et David Bilchitz (éd.), *Human Rights Obligations of Business, Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, 2013.
- Dörr, Oliver, « Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater - auf der Grundlage und in den Grenzen einer völkerrechtlichen Schutznormlehre », *Der Staat im Recht, Festschrift für Eckart Klein*, Berlin, 2013, pp. 765-782.
- Donovan, Donald Francis, et Anthea Roberts, « The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction », *AJIL*, 100, 2006, pp. 142-163.
- Douglas, Zachary, « State Immunity for The Acts of State Officials », *BYIL*, 82, 2011, pp. 281-348.
- idem*, « The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration », *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection*, Cambridge, 2013, pp. 415-444.
- Doyle, Ursula Tracy, « The Evidence of Things Not Seen : Divining Balancing Factors From *Kiobel's* 'Touch and Concern' Test », *Hastings Law Journal*, 66, 2014-15, p. 443-483.
- Dupuy, Pierre-Marie, « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009, pp. 45-62.
- Engle, Eric, « *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*: Corporate Liability under the Alien Torts Statute », *Houston Journal of International Law*, 34, 2011-12, pp. 499-517.
- Enneking, Liesbeth, *Foreign Direct Liability and Beyond*, La Haye, 2012.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Espósito, Carlos, « Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: “A Conflict Does Exist” », *Italian Yearbook of International Law*, 21, 2011, pp. 161-174.
- idem*, « Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States », *JIDS*, 4, 2013, pp. 439-456.
- Evans, Christine, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflicts*, Cambridge, 2012.
- Fölsing, Philipp, « Chevron gegen Ecuador: Lehren für den transatlantischen Investorenschutz », *RIW*, 60, 2014, pp. 500-507.
- Forstmoser, Peter, « Schutz der Menschenrechte - eine Pflicht für multinationale Unternehmen? », *Liber amicorum Andreas Donatsch*, Zurich, 2012, pp. 703-724.
- Fox, Hazel, et Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3^e éd., Oxford, 2013.
- Francioni, Francesco, « Au-delà des Traités: l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel », *RGDI*, 111, 2007, pp. 19-41.
- Friehe, Matthias, *Völkerrechtliche Haftung im Kulturgüterschutzrecht*, Frankfurt a.M., 2013.
- Frigessi di Rattalma, Marco, et Tulio Treves, *The United Nations Compensation Commission, A Handbook*, La Haye, 1999.
- Gaeta, Paola, « Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation? », *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford, 2011, pp. 305-327.
- Gaja, Giorgio, « The Protection of General Interests in the International Community », *Recueil des cours*, tome 364 (2012), pp. 9-185.
- Geimer, Reinhold, « Menschenrechte im internationalen Zivilverfahrensrecht », *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, tome 33, Heidelberg, 1994, pp. 213-265.
- idem*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7^e éd., Cologne, 2015.
- Geisser, Gregor, *Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für « Menschenrechtsverletzungen » bei internationalen Sachverhalten*, Zurich, 2013.
- Giorgetti, Chiara, « Mass Tort Claims in International Investment Proceedings : What Are the Lessons From the Ecuador-Chevron

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Dispute ? », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 34, 2013-14, pp. 787-797.
- Goetz, Marianne, « Reparative Justice at the International Criminal Court, Best Practice or Tokenism? », *Reparations for Victims of Crimes against Humanity*, Londres, 2014, pp. 53-70.
- Goldhaber, Michael, « Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard », *UC Irvine Law Review*, 3, 2013, pp. 127-149.
- Gribetz, Judah, et Shari C. Reig, « The Swiss Banks Holocaust Settlement », *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Leiden, 2009, pp. 115-142.
- Grosswald Curran, Vivian, « Extraterritoriality, Universal Jurisdiction, and the Challenge of *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* », *MJIL*, 28, 2013, pp. 76-89.
- Grosswald Curran, Vivian, et David Sloss, « Reviving Human Rights Litigation After *Kiobel* », *AJIL*, 107, 2013, pp. 858-863.
- Hafetz, Jonathan, « Human Rights Litigation and the National Interest: *Kiobel's* Application of the Presumption Against Extraterritoriality to the Alien Tort Statute », *MJIL*, 28, 2013, pp. 107-128.
- Halfmeier, Axel, « Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung », *RabelsZ*, 69, 2004, pp. 653-686.
- Haller, Claudia, *Menschenrechte vor Zivilgerichten – Die Human Rights Litigation in den USA*, Berlin, 2006.
- idem*, « Die US-amerikanische Human Rights Litigation nach der Entscheidung des Supreme Court im Fall *Sosa v. Alvarez-Machain* », *Archiv des Völkerrechts*, 44, 2006, pp. 76-92.
- von Hein, Jan, « The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II », *YPIL*, 3, 2001, pp. 185-221.
- Hernández, Gleider I., « A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of 'International Community' », *BYIL*, 83, 2012, pp. 13-60.
- Hess, Burkhard, « Staatenimmunität bei Menschenrechtsverletzungen », *Festschrift für Rolf A. Schütze*, Munich, 1999, pp. 269-285.
- idem*, « Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Entschädigung nach bewaffneten Konflikten », *Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, tome 40, Heidelberg, 2003, pp. 107-212.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Hoffmann, Paul, et Beth Stephens, « International Human Rights Cases Under State Law and in State Courts », *UC Irvine Law Review*, 3, 2013, pp. 9-23.
- Holtzmann, Howard M., et Edda Kristjánsdóttir (éd.), *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford, 2007.
- International Law Association, « International Civil Litigation and the Interests of the Public », *ILA Report 2010*, pp. 564-594.
- Jaeger, Kathleen, « Environmental Claims Under the Alien Tort Statute », *Berkeley Journal of International Law*, 28, 2010, pp. 519-536.
- Joseph, Sarah, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2004.
- Kaeb, Caroline, et David Scheffer, « The Paradox of Kiobel in Europe », *AJIL*, 107, 2013, pp. 852-857.
- Kälin, Walter, et Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3^e éd., Bâle, 2013.
- Kaufmann, Christine, « Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung », *Aktuelle Juristische Praxis*, 22, 2013, pp. 744-753.
- idem*, « Menschenrechte: Risiko oder Chance für Unternehmen? », *Revue de droit suisse*, 132, 2013, I, pp. 497-516.
- Kelly, Michael J., « The Status of Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court », *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, La Haye, 2013, pp. 47-67.
- Kessedjian, Catherine, « Les actions civiles pour violation des droits de l'homme, Aspects de droit international privé », *Travaux*, 2002-2004, pp. 151-194.
- idem*, « The ILA Rio Resolution on Transnational Group Actions », *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford, 2012, pp. 233-243.
- Kløcker Larsen, Rasmus, « Foreign Direct Liability Claims in Sweden : Learning from *Arica Victims KB v Boliden Mineral AB* », *Nordic Journal of International Law*, 83, 2014, p. 404-438.
- Kloth, Matthias et Manuel Brunner, « Staatenimmunität im Zivilprozess bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen », *Archiv des Völkerrechts*, 50, 2012, pp. 218-243.
- Kneer, Dominik, *Investitionsschutz und Menschenrechte*, Baden-Baden, 2013.
- Kohl, Uta, « Corporate Human Rights Accountability: The Objections of Western Governments to the Alien Tort Statute », *ICLQ*, 63, 2014, pp. 665-697.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Kolb, Robert, et Thiago Braz Jardim Oliveira, « Le droit des immunités juridictionnelles étatiques et l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire italo-allemande », *RSDIE*, 23, 2013, pp. 243-264.
- Kouassi, Rachelle, « Le système de réparation de la CPI : Analyse à la lumière de l'ordonnance de réparation dans l'affaire Thomas Lubanga Dyilo », *Vingt ans de justice internationale pénale*, Bruxelles, 2014, pp. 167-186.
- Krajewski, Markus, et Christopher Singer, « Should Judges Be Front-Runners?, The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 16, 2012, pp. 1-34.
- Krieger, Heike, « Immunität : Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut », *Internationales, nationales und privates Recht : Hybridisierung der Rechtsordnungen ?*, *Immunität, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, t. 46, Heidelberg, 2014, pp. 233-259.
- Ku, Julian G., « Kiobel and the Surprising Death of Universal Jurisdiction Under the Alien Tort Statute », *AJIL*, 107, 2013, pp. 835-841.
- Kulick, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, 2012.
- Kwakwa, Edward, « The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences: Developing the Frontiers of the Principle of Universal Jurisdiction », *African Yearbook of International Law*, 10, 2002, pp. 407-430.
- Lagerwall, Anne, « Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes ? », *AFDI*, 55, 2009, pp. 743-763.
- Lambert Abdelgawad, Elisabeth, et Kathia Martin-Chenut (éd.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Paris, 2010.
- Langer, Máximo, « The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes », *AJIL*, 105, 2011, pp. 1-49.
- Lattanzi, Flavia, « Quelques réflexions sur le 'principe de juridiction universelle' », *Liber Fausto Pocar, Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milan, 2009, pp. 461-478.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Laval, Pierre-François, « L'arrêt de la Cour internationale de justice sur les immunités juridictionnelles de l'Etat », *AJIL*, 58, 2012, pp. 147-180.
- Leval, Pierre N., « Distant Genocides », *Yale Journal of International Law*, 38, 2013, pp. 213-251.
- Liobel, Jules, « The Contradiction Between Alien Tort Statute Jurisprudence and the Continued Immunity of U.S. Officials for Acts of Torture Committed Abroad », *MJIL*, 28, 2013, pp. 129-145.
- Ludwiczak, Maria, *La délégation internationale de la compétence pénale*, Genève, 2013.
- Maison, Raffaëlle, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, 2004.
- Manirabona, Amissi Melchiade, « La responsabilité civile des entreprises pour complicité aux violations des droits humains à l'étranger : au-delà de l'exception du *forum non conveniens* en droit québécois », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, pp. 437-459.
- Marchadier, Fabien, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007.
- Matthiesen, Nora, *Wiedergutmachung für Opfer internationaler bewaffneter Konflikte*, Berlin, 2012.
- McCorquodale, Robert, « Waiving Not Drowning : Kiobel Outside the United States », *AJIL*, 107, 2013, pp. 846-851.
- Medina, Cecilia, *The American Convention on Human Rights*, Cambridge, 2014.
- Meeran, Richard, « Access to Remedy : The United Kingdom Experience of MNC Tort Litigation for Human Rights Violations », *Human Rights Obligations of Business, Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, 2013, pp. 378-402.
- Miaja de la Muela, Adolfo, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matières de litiges comportant un élément international », *Recueil des cours*, tome 135 (1972), I, pp. 1-96.
- Moffett, Luke, *Justice for Victims before the International Criminal Court*, Abingdon, 2014.
- Mora, Paul David, « The Alien Tort Statute after Kiobel: The Possibility for Unlawful Assertions of Universal Jurisdiction Still Remains », *ICLQ*, 63, 2014, pp. 699-719.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Moran, Mayo, « An Uncivil Action: The Tort of Torture and Cosmopolitan Private Law », *Torture as Tort*, Oxford, 2001, pp. 661-685.
- Moulier, Isabelle, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », *AFDI*, 49, 2003, p. 129-164.
- Muir Watt, Horatia, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : Réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, 55, 2003, p. 883-901.
- idem*, « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Rev.crit.*, 101, 2012, pp. 539-552.
- idem*, « Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé », *Travaux*, 2010-2012, pp. 233-253.
- idem*, « L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis », *Rev.crit.*, 102, 2013, p. 595-605.
- Nigro, Raffaella, « Immunità degli stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale? », *RDI*, 96, 2013, pp. 812-846.
- Njikam, Ousman, *The Contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Humanitarian Law*, Berlin, 2013.
- Nuyts, Arnaud, et Nikitas E. Hatzimikail (éd.), *Cross-Border Class Actions, The European Way*, Munich, 2014.
- Oberhammer, Paul, et August Reinisch, « Zwangsarbeiter vor deutschen Gerichten », *IPRax*, 21, 2001, pp. 211-218.
- Ochoa, Juan Carlos, *The Rights of Victims in Criminal Justice Proceedings for Serious Human Rights Violations*, Leiden 2013.
- Oette, Lutz, « Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations », *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Leiden, 2009, pp. 217-242.
- Ondo, T., « La compétence universelle en Afrique : Essai d'analyse », *Revue de droit international et de droit comparé*, 88, 2011, pp. 53-120.
- Patel, Suraj, « Delayed Justice: A Case Study of Texaco and the Republic of Ecuador's Operations, Harms and Possible Redress in the Ecuadorian Amazon », *Tulane Environmental Law Journal*, 26, 2012, pp. 71-110.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Pavoni, Riccardo, *Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations, Hierarchy in International Law*, Oxford, 2012, pp. 70-113.
- Pedretti, Ramona, « Die völkerrechtlichen Immunitäten von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsvertretern, am Beispiel des Nezzar-Falls », *Recht*, 31, 2013, pp. 182-194.
- Permanent Court of Arbitration (éd.), *Redressing Injustices Through Mass Claims Procedures, Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford, 2006.
- Peschke, Katharina, « The Role and Mandates of the ICC Trust Fund for Victims », *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, La Haye, 2013, pp. 317-327.
- Picone, Paolo, *Comunità internazionale e obblighi « erga omnes »*, 3^e éd., Naples, 2013.
- idem*, « Unilateralismo e guerra contro l'ISIS », *RDI*, 98, 2015, pp. 5-27.
- Pisillo Mazzeschi, Riccardo, « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *Recueil des cours*, tome 333 (2008), p. 175-506.
- Plouffe-Malette, Kristine, *Protection des victimes de traite des êtres humains, Approches internationales et européennes*, Bruxelles, 2013.
- Ramsey, Michael D., « International Law Limits on Investor Liability in Human Rights Litigation », *Harvard International Law Journal*, 2009, pp. 271-321.
- Rau, Markus, « Schadenersatzklagen wegen extraterritorial begangener Menschenrechts-verletzungen: der US-amerikanische Alien Tort Claims Act », *IPRax*, 20, 2000, p. 558-560.
- Reimann, Mathias, « Das Ende der Menschenrechtsklagen vor den amerikanischen Gerichten? », *IPRax* 33, 2013, pp. 455-462.
- Reinhard, Jakob, « Der US-amerikanische Alien Tort Claims Act als Grundlage für eine Sammelklage », *RIW*, 54, 2008, pp. 676-680.
- idem*, « Sammelklagen von Ausländern in den USA gegen ausländische Beklagte nach dem Alien Tort Claims Act », *RIW*, 55, 2009, pp. 500-504.
- Reinisch, August, « To What Extent Can and Should National Courts 'Fill the Accountability Gap' », *International Organizations Law Review*, 10, 2013, pp. 572-587.
- Reisman, W. Michael, « The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-First Century: Constitutive Process and Individual Commitment », *Recueil des cours*, tome 351 (2010), pp. 9-381.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Requejo Isidro, Marta, *Violaciones Graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil (Transnational Human Rights Claims)*, Cizur Menor, 2009.
- idem*, « The Use of Force, Human Rights Violations and the Scope of the Brussels I Regulation », *YPIL*, 14, 2012/13, p. 113-135.
- idem*, « Access to Remedy, Abusos contra derechos humanos en terceros estados, Justicia civil en Europa? », *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Alcalá/Madrid, 2013, pp. 79-107.
- Rétornaz, Valentin, et Bart Volders, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *Rev.crit.*, 97, 2008, pp. 225-261.
- Reynolds, Lauren, et Mark Zimmer, « Die Einschränkung der extraterritorialen Zuständigkeit amerikanischer Gerichte durch den US Supreme Court », *RIW*, 59, 2013, pp. 509-515.
- Rigaux, François, « La compétence extraterritoriale des Etats », *Annuaire*, tome 68 (1999), I, pp.371-605.
- Rosenfeld, Friedrich, « Mass Claims in International Law », *JIDS*, 4, 2013, pp. 159-174.
- Rosenne, Shabtai, « Some Reflections Erga Omnes », *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, La Haye, 1998, pp. 507-525.
- Rozakis, Christos L., « The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights », *Revue hellénique de droit international*, 61, 2008, pp. 563-594.
- Ruggie, John Gerard, *Just Business, Multilateral Corporations and Human Rights*, New York, 2013.
- Ryngaert, Cedric, « Universal Tort Jurisdiction over Gross Human Rights Violations », *Netherlands Yearbook of International Law*, 38, 2007, pp. 3-60.
- Salmon, Jean, « La Résolution de Naples de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux (10 septembre 2009) », *Revue belge de droit international*, 42, 2009, pp. 316-343.
- Sandoval-Villalba, Clara, « The Concepts of « Injured Party » and « Victim » of Gross Human Rights Violations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: A Commentary on Their Implications for Reparations », *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Leiden, 2009, pp. 243-282.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Sandrock, Otto, « Ausländische Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen und Umweltverstößen vor US-amerikanischen Gerichten », *RIW*, 59, 2013, pp. 497-508.
- Sayapin, Sergey, *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, La Haye, 2014.
- Scharf, Michael P., « Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression », *Harvard International Law Journal*, 53, 2012, pp. 358-389.
- Schindler, Dietrich, « Die erga omnes-Wirkung des humanitären Völkerrechts », *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, 1995, pp. 199-211.
- Schwenzer, Ingeborg, et Alain F. Hosang, « Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten », *RSDIE*, 21, 2011, pp. 273-291.
- Scott, Craig (éd.), *Torture as Tort, Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, 2001.
- Seatzu, Francesco, « A Plea for Civil Remedy: The Municipal Implementation of Fundamental Rights Provisions in the Framework of Regulation (EU) NO 1515/2012 », *YPIL*, 15, 2013/14, pp. 175-210.
- Serranò, Giuseppe, « Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alla immunità giurisdizionale dello Stato », *RDIPP*, 48, 2012, pp. 617-646.
- Simma, Bruno, « Foreign Investment, Human Rights and Global Governance », *Arbitration – The Next Fifty Years*, Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 161-165.
- Simons, Marco, « *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: A Practitioner's Viewpoint* », *MJIL*, 28, 2013, pp. 28-41.
- Smith-van Lin, Lorraine, « Victims' Participation at the International Criminal Court: Benefit or Burden? », *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, Surrey, 2013, pp. 181-204.
- Spielman, Bethany J., « The Alien Tort Statute as Access to Justice, Post *Kiobel*: When the International Norm Prohibiting Nonconsensual Human Experimentation is Violated », *Rethinking International Law and Justice*, Surrey, 2015, pp. 179-192.
- Stadler, Astrid, « Collective Redress Litigation – A New Challenge for Courts in Europe », *Festschrift für Rudolf Stürner*, tome 2, Tübingen, 2013, pp. 1801-1816.
- Steger, Ruth, *Staatenimmunität und Kriegsverbrechen*, Frankfurt a.M., 2013.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Steinhardt, Ralph G., « Kiobel and the Multiple Futures of Corporate Liability for Human Rights Violations », *MJIL*, 28, 2013, pp. 1-27.
- idem*, « Kiobel and the Weakening of Precedent: A Long Walk for a Short Drink », *AJIL*, 107, 2013, pp. 841-845.
- idem*, « Determining which Human Rights Claims ‘Touch and Concern’ the United States : Justice Kennedy’s *Filartiga* », *Notre Dame Law Review*, 89, 2014, pp. 1695-1717.
- Stephens, Beth, « Translating *Filártiga*: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations », *Yale Journal of International Law*, 27, 2002, pp. 1-57.
- idem*, « Extraterritoriality and Human Rights After Kiobel », *MJIL*, 28, 2013, p. 256-274.
- Stern, Brigitte, « Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine’ des Etats et des chefs d’Etat en cas de crime de droit international ? », *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, 2007, p. 511-548.
- Strong, S. I., *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, Oxford, 2013.
- idem*, « Mass Procedures as a Form of “Regulatory Arbitration” – *Abaclat v. Argentine Republic* and the International Investment Regime », *The Journal of Corporate Law*, 38, 2013, pp. 259-324.
- Stürner, Michael, « Die territorialen Grenzen der Human Rights Litigation in den USA », *Juristenzeitung*, 69, 2014, pp. 13-23.
- Stürner, Rolf, « Class Actions und Menschenrechte », *Festschrift für Apostolos Georgiades*, Athènes, 2006, pp. 1299-1314.
- idem*, « The Role of Judges and Lawyers in Collective Actions in the United States and Europe », *ZZPInt, Zeitschrift für Zivilprozess International*, 17, 2012, pp. 259-291.
- Swan, Michael, « International Human Rights Tort Claims and the Experience of United States Courts : An Introduction to the US Case Law, Key Statutes and Doctrines », *Torture as Tort*, Oxford, 2001, pp. 65-107.
- Tams, Christian J., *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge 2010.
- Tams, Christian J., *et al.*, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Munich, 2014.
- Terry, John, « Taking *Filártiga* on the Road : Why Court Outside the United States Should Accept Jurisdiction Over Actions Involving Torture Committed Abroad », *Torture as Tort*, Oxford, 2001, pp. 109-132.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Thiele, Carmen, « Der Schutz der Menschenrechte durch den IGH », *Archiv des Völkerrechts*, 51, 2013, pp. 1-41.
- Thomale, Chris, « Internationale Menschenrechtsklagen gegen europäische Gesellschaften vor amerikanischen Gerichten », *ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 35, 2014, pp. 1158-1164.
- Thorn, Karsten, « Schadenersatzansprüche der Zivilbevölkerung gegen ausländische Besatzungsmächte », *Moderne Konfliktformen, humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, tome 44, Heidelberg, 2010, pp. 305-340.
- Tigroudja, Hélène, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de 'l'humanisation du droit international public' », *AFDI*, 52, 2006, pp. 617-640.
- idem*, « La satisfaction et les garanties de non-répétition de l'illicite dans le contentieux interaméricain des droits de l'homme », *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Paris, 2010, pp. 69-89.
- Tomuschat, Christian, « Universal Criminal Jurisdiction With Respect to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes », *Annuaire*, tome 71 (2005), I, pp. 213-265.
- idem*, « L'immunité des Etats en cas de violations graves des droit de l'homme », *RGDIP*, 109, 2005, pp. 51-74.
- idem*, « Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law », *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, 2007, pp. 569-590.
- idem*, « The International Law of State Immunity and its Development by National Institutions », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 44, 2010-11, pp. 1105-1140.
- idem*, « Positive Duties under General International Law », *Der Staat im Recht, Festschrift für Eckart Klein*, Berlin, 2013, pp. 923-937.
- idem*, « State Responsibility and the Individual Right to Compensation Before National Courts », *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, pp. 811-839.
- idem*, « The Case of Germany v. Italy before the ICJ », *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, 2015, pp. 87-98.
- Tournier, Arnaud, « De Brunsbüttel à Kinshasa – Le droit de la réparation dans la jurisprudence des Cours mondiales à l'aune de l'arrêt Diallo », *AFDI*, 58, 2012, pp. 205-221.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- Treves, Tullio, « Piracy and the International Law of the Sea », *Modern Piracy, Legal Challenges and Responses*, Cheltenham, UK, 2013, pp. 117-146.
- Tully, Stephen, « Habib v Commonwealth : Clarifying the State of Play for Acts of State ? », *Sydney Law Review*, 32, 2010, pp. 711-721.
- Ulfstein, Geir, « Awarding Compensation in a Fragmented Legal System : The Diallo Case », *JIDS*, 4, 2013, pp. 477-485.
- von Unger, Moritz, *Menschenrechte als transnationale Privatrecht*, Berlin, 2008.
- Vagts, Detlef, et Peter Murray, « Litigating the Nazi Labour Claims: The Path Not Taken », *Harvard International Law Journal*, 43, 2002, pp. 503-530.
- idem*, « Entschädigungsklagen der Zwangsarbeiter unter nationalsozialistischer Herrschaft : der nicht beschrittene Weg », *ZZPInt, Zeitschrift für Zivilprozessrecht International*, 7, 2002, pp. 333-368.
- Van Schaack, Beth, « In Defense of Civil Redress : The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention », *Harvard International Law Journal*, 42, 2001, pp. 141-200.
- Vázquez, Carlos M., « Alien Tort Claims and the Statute of Customary International Law », *AJIL*, 106, 2012, pp. 531-546.
- idem*, « Things We Do with Presumptions: Reflections on Kiobel v. Royal Dutch Petroleum », *Notre Dame Law Review*, 89, 2014, pp. 1719-1747.
- Verhoeven, Joe, « Sur les relations entre immunités et jus cogens, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012 », *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, pp. 527-538.
- Vermeer-Künzli, Annemarieke, « Diallo: Between Diplomatic Protection and Human Rights », *JIDS*, 4, 2013, pp. 487-500.
- Villalpando, Santiago, « Some Archeological Explorations on the Birth of Obligations Erga Omnes », *Liber Amicorum Raymond Ranjeva*, Paris, 2013, pp. 623-637.
- Vora, Nilay, « Federal Common Law and Alien Tort Statute Litigation: Why Federal Common Law Can (and Should) Provide Aiding and Abetting Liability », *Harvard International Law Journal*, 50, 2009, pp. 195-229.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- Vrellis, Spyridon, « The World War II Distomo Massacre of Greek Civilians by German Armed Forces and the Right to Effective Judicial Protection », *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge, 2013, pp. 631-641.
- Wefelscheid, Moritz, *Vollstreckungsimmunität fremder Staaten*, Frankfurt a.M., 2013.
- Weinberg, Louise, « What we Don't Talk About When we Talk About Extraterritoriality : *Kiobel* and the Conflict of Laws », *Cornell Law Review*, 99, 2014, pp. 1471-1531.
- Wilhelmi, Theresa, *Das Weltrechtsprinzip im internationalen Privat- und Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2007.
- Winter, Wolfgang, « Einschränkung des extraterritorialen Anwendungsbereichs des Alien Tort Statute », *IPRax*, 33, 2013, pp. 462-465.
- Wrbka, Stefan, *et al.* (éd.), *Collective Actions, Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests*, Cambridge, 2012.
- Wuerth, Ingrid, « Pinochet's Legacy Reassessed », *AJIL*, 106, 2012, pp. 731-768.
- idem*, « Foreign Official Immunity: Invocations, Purpose, Exceptions », *RSDIE*, 23, 2013, pp. 207-223.
- idem*, « *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, The Supreme Court and the Alien Tort Statute », *AJIL*, 107, 2013, pp. 601-621.
- Yee, Sienho, « Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality », *Chinese Journal of International Law*, 10, 2011, pp. 503-530.
- Zambrana Tevar, Nicolás, « Los principios rectores de la Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos », *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Alcalá/Madrid, 2013, pp. 41-77.
- Zamora Cabot, Francisco Javier, « *Kiobel* y la cuestión de extraterritorialidad », *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Alcalá/Madrid, 2013, pp. 135-148.
- Ziegler, Andreas R., « Immunität der Staaten – unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in der Schweiz », *Internationales, nationales und privates Recht : Hybridisierung der Rechtsordnungen ?*, *Immunität, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, t. 46, Heidelberg, 2014, pp. 261-291.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Zuppi, Alberto L., « Immunities of state officials as a non-exculpatory defense in international criminal law », *Europäische Integration und Globalisierung*, Baden-Baden, 2011, pp. 653-669.

II. DELIBERATIONS DE L'INSTITUT

Cinquième séance plénière Mercredi 26 août 2015 (matin)

La séance est ouverte à 9 h 10 sous la présidence de M. *Müllerson*.

The *President* welcomes warmly two new Members that are present in the room, Mr Iwasawa from Japan and Mr d'Argent from Belgium.

PROJET DE RESOLUTION

L'Institut de droit international,

Conscient que la réparation du préjudice subi par les victimes d'atteintes à la dignité humaine doit être assurée de manière appropriée et effective ;

Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves en droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre ;

Rappelant que la compétence universelle pénale est un moyen de prévenir ces crimes et de mettre fin à leur impunité, tel qu'affirmé dans la résolution de Cracovie de 2005 sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ;

Notant que la poursuite des auteurs de crimes internationaux et leur punition n'offrent qu'une satisfaction partielle aux victimes ;

Considérant que la compétence universelle civile est un moyen d'éviter que les victimes d'atteintes à la dignité humaine soient privées de l'accès à la justice afin d'obtenir la réparation du préjudice subi ;

Rappelant de surcroît que la levée de l'immunité des Etats lors de procédures engagées devant des juridictions nationales est également un moyen d'assurer aux victimes d'atteintes à la dignité humaine une réparation effective ;

Réservant l'examen des questions traitées par la présente résolution et impliquant des organisations internationales ;

Adopte la résolution suivante :

Article 1

1. Les victimes d'une atteinte à leur dignité humaine d'une gravité équivalente à celle propre aux crimes internationaux ont droit à une réparation appropriée et effective du préjudice subi.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

2. Elles ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation.
3. Ces droits ne dépendent pas d'une condamnation pénale.

Article 2

1. Un Etat doit accepter la compétence universelle civile de ses tribunaux pour connaître des demandes en réparation des victimes visées à l'article premier, à condition que :

- a) aucun autre Etat n'ait des intérêts prépondérants pour connaître de la demande, eu égard aux liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'aux faits et circonstances pertinents ; ou
- b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels intérêts prépondérants, aucun d'eux ne connaisse un moyen de recours raisonnablement disponible pour les victimes.

2. Les tribunaux d'un Etat sont considérés comme étant raisonnablement disponibles s'ils sont compétents pour connaître de la demande des victimes dirigée contre les défendeurs et s'ils sont aptes à mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*) et permettant d'accorder une réparation appropriée et effective.

3. Le tribunal d'un Etat saisi de demandes en réparation des victimes peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant :

- a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
- b) une autorité d'indemnisation créée en vertu du droit international ;
ou
- c) un tribunal d'un autre Etat ayant des intérêts prépondérants au sens du paragraphe 1 et connaissant un moyen de recours raisonnablement disponible pour les victimes.

Article 3

Les Etats devraient limiter autant que possible les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

Article 4

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation.

Article 5

L'immunité de l'Etat ne doit pas rendre sans effet l'obligation de l'Etat de réparer le préjudice causé aux victimes.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Article 6

Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, en particulier au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, le droit des victimes au sens des articles qui précèdent soit pris en compte.

DRAFT RESOLUTION

The Institute of International Law,

Conscious that appropriate and effective reparation has to be provided for the harm suffered by the victims of a violation of their human dignity;

Considering that "international crimes" means serious crimes under international law such as genocide, crimes against humanity, torture and war crimes;

Recalling that universal criminal jurisdiction is one means of preventing the commission of such crimes and to avoid their impunity, as affirmed in the 2005 Krakow Resolution on universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes;

Noting that the prosecution of the authors of international crimes and their punishment provides only a partial satisfaction to the victims;

Considering that universal civil jurisdiction is a means of avoiding the deprivation of the victims of a violation of their human dignity to obtain reparation of the harm suffered;

Recalling further that the removal of State immunity from proceedings in national courts is another means of achieving effective reparation to the victims of international crimes;

Reserving the examination of the matter dealt with in this Resolution involving international organizations;

Adopts the following Resolution:

Article 1

1. Victims of a violation of their human dignity of comparable gravity to international crimes have a right to appropriate and effective reparation.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.
3. These rights are not dependent on any criminal conviction.

Article 2

1. A State shall accept that its courts have universal civil jurisdiction over claims for relief by victims as referred to in Article 1, provided that:

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- (a) no other State has stronger interests in respect of the claim, taking into account its connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or
 - (b) even though one or more other States have such stronger interests, such victims do not have in the courts of any such other State reasonably available remedies.
2. The courts of a State shall be considered to provide a reasonably available remedy if they have jurisdiction over the defendant and the claims by the victims and if they are capable of dealing with the claim in compliance with the requirements of due process and in providing remedies that afford appropriate and effective redress.
3. The court of a State where claims for relief by victims have been brought may decide to decline to entertain the claims or to suspend the proceedings, in light of the circumstances, when the victims' claims have also been brought before:
- (a) an international jurisdiction, such as the International Criminal Court;
 - (b) an authority providing for indemnification and based on international law; or
 - (c) the court of another State having stronger interests within the meaning of paragraph 1 and having reasonably available remedies.

Article 3

States should keep to the minimum the legal and financial obstacles facing victims and their representatives in the course of procedures relating to claims for reparation.

Article 4

States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims to present claims for reparation.

Article 5

State immunity shall not deprive of its effects the State's obligation to repair the prejudice caused to victims.

Article 6

It is recommended that in the course of the preparation of an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in particular by the Hague Conference on Private International Law, the rights of victims as set out in these Articles be taken into account.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Le *Président* invite M. Bucher à présenter son rapport.

Le *Rapporteur* rappelle que l'Institut s'est occupé des crimes internationaux à plusieurs reprises, notamment à propos de la compétence universelle pénale, des obligations *erga omnes* et de l'immunité de l'Etat. Mais c'est la première fois que l'Institut s'intéresse à la réparation civile qui devrait profiter aux victimes résultant de tels crimes. Or, envisager la réparation des crimes internationaux rend indispensable de s'occuper également de l'accès à la justice, et c'est dans ce contexte que se place le thème de la compétence universelle civile. Le Rapporteur se propose d'illustrer seulement les points essentiels du rapport.

Il rappelle que les premiers textes qui évoquent le droit à la réparation sont le Traité de La Haye de 1907 et le Protocole additionnel de 1977 aux quatre Conventions de Genève, qui visent uniquement les relations entre Etats. La réparation est due d'un Etat à l'autre, les victimes ne sont pas mentionnées. L'étape suivante est représentée par la Convention sur la torture de 1984 qui prévoit que l'Etat doit respecter le droit à réparation des victimes. Le progrès de cette Convention, ainsi que de certaines conventions satellites, consiste en la mention d'un droit à réparation des victimes. Cependant, la relation juridique est toujours une relation entre Etats. Dans ce contexte, l'obligation de réparation doit servir à la réparation des victimes; elle doit cependant être consacrée en droit national. Le droit des victimes n'accède pas en tant que droit individuel au droit international. On arrive ainsi au troisième échelon, à savoir la reconnaissance en droit international du droit des victimes à réparation: c'est le cas du Statut de Rome (art. 75) et de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que de la Convention américaine des droits de l'homme. Cette dernière reconnaît aux victimes le statut de « partie lésée » devant la Cour, bien que la situation juridique soit hybride, puisque les Etats sont formellement partis au procès, mais l'Etat requérant a l'obligation de transmettre aux victimes les indemnisations qui leur sont destinées. Le droit de réparation des victimes est reconnu aussi dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, notamment dans l'avis sur *l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* et dans l'arrêt *Diallo*.

Toutefois, si le droit à réparation est reconnu en tant que tel, le droit international n'est pas parvenu au point de désigner la victime en tant que créancier de la prestation due à titre de réparation. Autrement dit, le principe est consacré, mais sa mise en œuvre n'est pas règlementée. Donc, il faut progresser à partir du principe qu'il appartient aux Etats de mettre en œuvre le droit à réparation des victimes de crimes internationaux.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Le Rapporteur s'interroge sur la nature de l'obligation de réparer. Comme la prohibition de commettre des crimes internationaux constitue une obligation *erga omnes* des Etats, l'obligation d'assurer la réparation des victimes est de la même nature. Les articles sur la responsabilité des Etats constatent que les obligations découlent d'un fait internationalement illicite attribué à un Etat sont dues à un autre Etat, à plusieurs Etats « ou à la communauté internationale dans son ensemble » (art. 33, para. 1). A cette obligation envers les autres Etats correspond le droit de ces autres Etats à en exiger le respect (art. 48, para. 1). L'obligation est donc due à tous les Etats, étant entendu que chaque Etat a le droit d'en demander le respect.

La question est ensuite de savoir s'il existe une obligation d'intervenir afin de remédier à une situation comportant une violation grave des droits de l'homme ou du droit humanitaire. Le Rapporteur rappelle qu'à cet égard le terrain est moins certain. Il n'y a rien sur ce point dans la résolution de Cracovie de 2005, où la question n'est pas abordée, alors que la résolution de Saint-Jacques de Compostelle de 1989 statue qu'une obligation *erga omnes* « implique au surplus un devoir de solidarité entre tous les Etats en vue d'assurer le plus rapidement possible une protection universelle et efficace des droits de l'homme » (art. 1). On ne fait donc pas mention d'une véritable obligation, mais la résolution reflète le principe que les crimes internationaux doivent cesser et que la réparation doit être assurée.

Il existe donc une obligation d'assistance ou, selon l'expression utilisée à Tokyo, une responsabilité de protéger. Des exemples à cet égard sont fournis par les projets d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité, qui mentionnent l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par la violation d'une obligation internationale *erga omnes*. L'avis consultatif de la Cour de 2004 sur le mur érigé en Palestine évoquant l'obligation des autres Etats, c'est-à-dire de la communauté internationale, « de veiller à ce qu'il soit mis fin aux entraves », n'implique pas seulement un droit, mais aussi bien une obligation d'assurer la réparation.

Le Rapporteur souligne qu'il est donc possible de constater l'existence d'une obligation des Etats autres que l'Etat responsable de contribuer au respect de l'obligation de réparer le tort causé aux victimes. Cela appartient à leur devoir de solidarité d'empêcher que les victimes restent sans protection du fait que l'Etat responsable lui-même ne les protège pas, les laissant sans indemnité. Les Etats ont une responsabilité collective d'assurer la réparation du préjudice causé aux victimes. Le texte le plus avancé sur ce point est celui consacré par les Principes

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies en 2005. Le droit international exige des Etats qu'ils garantissent aux victimes un accès effectif à leurs juridictions, s'agissant de la seule forme de réparation possible en ce contexte. Mais le droit international ne définit pas de quel for il doit s'agir, sous la seule réserve, capitale, cependant, que la victime accède à un for au moins.

La question se pose alors de savoir quel Etat doit concrètement garantir ce droit. Si l'on regarde l'obligation parallèle d'exercer la juridiction pénale en cas de crimes internationaux, la résolution de Cracovie emploie la notion d'Etat spécialement atteint pour accorder une préférence à l'Etat pouvant assurer une protection effective des victimes tout en permettant aux autres Etats d'exercer leur juridiction à titre subsidiaire. La règle fondamentale doit donc être que la victime ne soit pas laissée sans accès à la justice et qu'elle ne soit par conséquent pas privée de toute réparation. La notion de compétence universelle a pour fonction de fournir un fondement juridique, de droit international, à l'accès à la justice lorsqu'une atteinte à la dignité humaine est en jeu.

Avant de passer à une présentation générale de la résolution, le Rapporteur remercie les membres de la 1^{ère} Commission, qui ont travaillé sur le rapport provisoire, pour leur apport. Il souligne que le titre du projet de résolution a été modifié, sauf approbation de la plénière. Le nouveau texte de l'article 1 reflète ce changement, mentionnant désormais les « victimes d'une atteinte à la dignité humaine » et non les « victimes d'un crime international ». La Commission voulait éviter une référence directe à la notion de crime au sens du droit pénal, afin d'éviter que le juge civil statue sur une matière qui ne relève pas de son domaine de compétence. La Commission a considéré que, pour mieux faire comprendre au juge civil de quoi il s'agit, la résolution devrait employer la notion de dignité humaine, bien que la notion de « crime international » soit consacrée par la résolution de Santiago de Compostelle. Toutefois, la référence au critère de la gravité de l'atteinte permet de maintenir une certaine équivalence avec la gravité propre des crimes internationaux. Le Rapporteur rappelle en outre que le juge civil statue en toute indépendance d'une condamnation pénale intervenue ou à venir, et que le demandeur qui se prétend victime doit en fournir la preuve.

L'article 2 du projet contient la règle de base, qui découle de l'obligation d'assurer le droit d'accès à la justice. Chaque Etat applique en ce contexte

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

ses règles ordinaires de compétence. L'article 2 vise l'hypothèse dans laquelle ces règles n'offrent aucun for. Cela fait appel à la notion de compétence universelle. Le droit international ne prescrit pas un for déterminé, mais exige qu'il doive en exister un. La compétence universelle est donc une compétence subsidiaire. Sont visées, par exemple, les situations où l'Etat responsable des atrocités commises prévoit la compétence de ses tribunaux mais il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que les victimes les saisissent. Encore, si un Etat tiers par rapport à l'Etat du lieu du crime, et également tiers par rapport à l'Etat du for, accepte la compétence de ses tribunaux - dans une situation du type *Kiobel* -, le juge du for peut ne pas exercer sa compétence s'il existe un autre for compétent.

En ce qui concerne l'article 3, le Rapporteur souligne que les requérants sont souvent confrontés à des problèmes significatifs, qui ne sont pas seulement financiers mais aussi d'un autre genre, par exemple s'ils concernent l'accès aux preuves. Le projet de résolution se borne à indiquer de manière générale que ces obstacles doivent être assouplis. Le Rapporteur pense que l'Institut ne peut pas aller plus loin que cela, et que le reste doit être laissé aux juridictions nationales.

En laissant de côté les autres aspects, le Rapporteur mentionne encore l'article 5 du projet, concernant l'immunité. De façon très synthétique, l'article se borne à statuer un principe fondamental : il s'agit du principe selon lequel le droit à réparation des victimes d'une atteinte à leur dignité humaine est une obligation de droit international de portée *erga omnes*. Ce principe ne doit pas être mis en cause au motif de l'immunité des Etats.

Mr *Gaja*, as Member of the 1st Commission, had already congratulated the Rapporteur on his work but was glad to have an opportunity to do it again in the plenary. He noted that the title of the subject entrusted to the 1st Commission had evolved over the years. In Rhodes, it concerned "Universal Civil Jurisdiction in Matters of Private International Law"; then it became "Universal Civil Jurisdiction" and finally, at the beginning of this year, "Universal Civil Jurisdiction with Regard to Reparation for International Crimes". Even if the title of the subject had been modified, the subject-matter needed to be addressed in a wider context. It raised, as a matter of international law, the question as to whether the State was free to extend its civil jurisdiction over any dispute, even if it was unrelated to that State. On the one hand, the claimant has an interest in acceding to justice, on the other the defendant risks being taken before the court of a foreign State, which may be unconnected with the dispute. It could be a nightmare for the defendant to be sued in Ruritania

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

for matters hardly connected with that State. The need for an appropriate balance between these two competing interests is a well-known problem in private international law.

Mr Gaja observed that States tended to restrict the exercise of their civil jurisdiction to disputes which had sufficient contacts with the forum. This attitude could be seen as reflecting a rule of public international law protecting the interests of the would-be defendant. He argued that, notwithstanding the existence of a general rule restricting civil jurisdiction, universal civil jurisdiction might be exercised with regard to certain disputes such as those covered by the Alien Tort Statute. That point was implicit in the Draft, but should be made expressly in the Resolution: whatever restrictions international law put in general to the exercise of civil jurisdiction, those restrictions should not apply to the cases described therein. A second question to be addressed in the Resolution was whether a State was under an obligation to exercise its civil jurisdiction in order to protect the claimant's right of access to justice. It stood to reason that an obligation to do so only covered some of the disputes over which a State might exercise civil jurisdiction. It would cover, for instance, a dispute that had significant contacts only with the forum State, but not necessarily disputes which had connections with a variety of States. Mr Gaja left to the discussion the question whether the forum State's obligation also applied, possibly under certain conditions, with regard to disputes relating to the reparation for international crimes, but had difficulties with the conclusion that an international obligation existed to exercise universal civil jurisdiction. This would go too far and found no basis in international practice.

The *Rapporteur* thanked Mr Gaja for his observations. He recalled that the reference to private international law was originally inserted by the Bureau, not at the request of the *Rapporteur*. At the Tokyo Session, it was decided to refer rather to Universal Civil Jurisdiction, and the *Rapporteur* had never understood the theme as linked to private international law exclusively. This said, the title of the Resolution was a matter for the Bureau, and in the present instance for the *Institut*, to decide; the change of title in the text under discussion was simply a proposal by the Commission.

Furthermore, the requirement that the forum State should accept jurisdiction only when there is a sufficient link or connection to the case arose from private international law. Even States establishing a *forum necessitatis*, such as Canada or Switzerland, required a link in this regard. For instance, claims had been raised in Canada against companies having

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

their registered office in Quebec and national courts ruled that this was not enough for the purposes of exercising jurisdiction.

The *President* welcomed warmly another newly elected Member, Mr David Caron, and gave the floor to Mr Hafner.

Mr *Hafner* was grateful to the Rapporteur for his detailed Report that went to the essence of matters and gave large food for thought. Mr Hafner noted that it was a progressive report and concurred largely with the observations of *confrère* Gaja in this respect. He believed that if there was a right to reparation then also the principle of universal jurisdiction should be applied; whether a duty of reparation existed was however also open to question. Mr Hafner also considered that the title should be clarified.

Moreover, he shared the difficulty expressed by Mr Gaja as regards the existence of an obligation to exercise jurisdiction. As regards Article 5 of the Draft, he recalled that when the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property was negotiated, the waiver of immunity was not incorporated in the Convention due to the strong opposition of States. Had the rule been included, there would be no Convention today, as very few States pursue such a policy.

The *Rapporteur* noted that the point made by Mr Hafner on the title of the Draft Resolution was well taken and he would take it into account.

Lord *Collins* stated that the Report was brilliant but expressed his concern as to the practical consequences it would lead to. More specifically, the Report seemed to assume the existence of a “victim” and a “perpetrator”, apparently assuming liability, whereas civil litigation dealt with allegations, not with assumptions of wrongdoing. He further noted that some jurisdictions set low thresholds to pursue a claim and did not require applicants to show the credibility of a case (whereas only serious issues could be tried in the United Kingdom). Hence, speculative claims could be brought with reference to cases that were not liable to claim, such as battlefield situations, and to other allegations where a victim might turn out not to be a victim and a perpetrator not to be a perpetrator.

Mr *Bogdan* commended the Rapporteur for his excellent work but considered that, as such, the text of the Draft Resolution was a statement of principles and could not be applied by a court of law. Courts could apply time limitations and decline to hear manifestly unfounded claims, *de minimis* claims, or claims that would result in a judgment having no chance of being enforced or recognized abroad. The Report refers to this in paragraph 200. There was no duty to entertain meaningless proceedings and other bars could stem from domestic procedural law.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

M. *Basedow* remercie le Rapporteur pour son rapport intégral très profond. Il observe que la future résolution devrait être appliquée par les juges nationaux; à cet égard, comme juriste allemand, il note que le nouveau titre évoque clairement l'article 1 de la Loi fondamentale allemande. Cette référence dans un texte international appliqué par le juge national risque de créer des confusions. Encore, en ce qui concerne le fondement du droit à la réparation, il devrait être plus clairement indiqué si ce droit trouve son fondement dans le droit international ou dans le droit national. L'article 1 du projet donne l'impression que ce droit est fondé en droit international, mais le rapport est plus ambigu sur ce point et laisse beaucoup au droit national.

Quant à l'article 1, paragraphe 3, qui exclut tout lien avec la condamnation pénale, M. *Basedow* observe que cela ne permet pas au Gouvernement de prendre partie à la procédure, sauf peut-être comme *amicus curiae*, tandis que dans le procès pénal l'autorité publique exerce le droit d'action à travers le procureur. Il considère que cela est dangereux, puisque un procureur général est mieux placé que le juge civil pour estimer si un crime international est en jeu.

Quant au rattachement de la compétence civile internationale à l'admissibilité de la demande, M. *Basedow* observe que la nécessité de vérifier la substance de la demande concernant la commission d'un crime pour statuer sur son admissibilité n'est pas typique du procès civil interne. Encore, l'idée que, en vérifiant l'existence d'un rattachement, le juge soit tenu à balancer les intérêts des Etats avait été soutenue par rapport au droit des ententes notamment dans les années 80, dans le *Restatement* aux Etats-Unis. Mais finalement la Cour Suprême des Etats-Unis et aussi la Cour de Justice de l'Union européenne ont rejeté cette méthode, parce que les juges civils ne sont pas à même de balancer les intérêts étatiques de manière appropriée. Une dernière observation concerne l'article 5 du projet, qui considère les immunités seulement comme une barrière à la justice, tandis que celles-ci servent la fonction de base de favoriser les relations entre Etats. Cela devrait être exprimé dans la résolution.

M. *Abi-Saab* félicite le Rapporteur et les membres de la commission pour leur grande sensibilité aux nouvelles tendances, qui d'une part placent l'individu au centre du droit international et d'autre part cherchent à concilier de manière cohérente le droit international public et le droit international privé. Il exprime sa satisfaction de constater que le projet de résolution ne vise pas à universaliser la logique du « Alien Tort Statute » américain comme il le craignait. Il est sceptique à propos de l'articulation entre le titre de la résolution et son article 1, paragraphe 1. Il

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

considère en effet que la notion d'équivalence amène une ambiguïté non nécessaire et qu'il serait mieux de parler d'atteintes à la dignité humaine qui résultent directement de crimes internationaux, tels que définis dans les textes internationaux pertinents.

M. Abi-Saab affirme partager la position de M. Gaja selon laquelle cette résolution ne pourrait être acceptée que de *lege ferenda*. Le dilemme que l'article 2 souhaite résoudre en visant les victimes à la recherche d'un for est lié au problème existentiel du droit international public concernant le consentement nécessaire des Etats pour l'exercice d'une compétence juridictionnelle. Aussi regrettable que cela puisse être, tel est l'état du droit positif en la matière. La résolution peut essayer de réduire l'absence de for mais ne peut pas prétendre qu'une obligation internationale d'ouvrir un forum résiduel existe.

M. Abi-Saab rappelle à ce titre qu'en droit international pénal la compétence universelle est facultative et que *aut dedere aut judicare* n'existe que comme obligation conventionnelle et non coutumière. Enfin, il suggère une autre manière pour réduire les cas d'absence de for, à savoir la prévision d'une articulation directe entre l'exercice de la compétence universelle pénale et l'aspect civil. Il regrette que cela n'ait pas été prévu dans le règlement du Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie en dépit d'une proposition dans ce sens, mais il observe qu'une telle solution a été admise pour ce qui concerne la Cour pénale internationale.

M. Salmon félicite le Rapporteur pour son intéressant rapport qui constitue tout à la fois une belle synthèse et un travail prospectif, mais avoue qu'il espérait une résolution quelque peu différemment orientée. Il rappelle les hésitations quant à la formulation du titre, qui visait initialement les crimes internationaux dont le préambule ne donnait qu'une liste indicative. La modification en faveur de la référence aux « atteintes à la dignité humaine » a été justifiée par le fait que ladite liste était insuffisante et que la caractéristique commune de tous les crimes internationaux était l'atteinte à la dignité humaine.

M. Salmon souligne que ce raisonnement n'est pas reflété dans le titre. Ce dernier donne en effet l'impression que toute atteinte à la dignité humaine est concernée et non seulement celles découlant des crimes internationaux, qu'il conviendrait par ailleurs d'identifier. M. Salmon considère que les aspects concrets de droit procédural privé posant problème aux juges nationaux, tels l'assignation, devraient être davantage traités dans la résolution de manière à donner autre chose que des illusions aux victimes. Il s'interroge par ailleurs sur la signification de l'expression « accès effectif à la justice ». Seules les juridictions sont

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

visées ou également les commissions de vérité ? M. Salmon considère qu'une compétence entièrement universelle sans critère de rattachement, ne serait-ce que minimal, telle que la présence de l'auteur sur le territoire, peut causer de nombreux problèmes comme l'expérience belge l'a montré. Pour ce qui concerne la question de l'immunité, il rappelle qu'elle constitue certes un obstacle à la possibilité de saisir le juge, mais en rien un jugement sur la responsabilité. Enfin, il propose de remplacer l'expression « doit accepter » dans l'article 2 par « doit organiser ».

The *Rapporteur* considered that Lord Collins was right stating that victims had only allegations before courts, but recalled that the term "assumption" was never used in the Resolution and that all the Articles referred to claims, which implicitly meant allegations. He recognised that the formulation of Article 1 paragraph 1 might be too affirmative, but argued that it was a rule of substantive law, a fundamental principle, which he wished to restate.

Le Rapporteur répond à M. Basedow que la notion de dignité humaine est consacrée en droit international, même si elle a un contenu général, et que c'est sa conception internationale et non allemande qui importe. Il rappelle ensuite que le sujet traité est à la jonction du droit international public et privé, trouvant son fondement dans le premier et faisant appel pour sa mise en œuvre au second. Il justifie l'article 1 paragraphe 3 en expliquant qu'il peut arriver qu'il n'y ait pas de condamnation pénale mais uniquement politique, sans que cela signifie que les droits de la victime ne doivent pas être protégés. Il précise également que la résolution ne sera pas directement appliquée par les juges nationaux, mais que les Etats pourront transposer ses principes dans leurs législations.

Le Rapporteur, en réponse aux remarques de MM. Abi-Saab et Salmon, indique que la Commission a opté pour l'idée de l'équivalence aux effets des crimes internationaux pour éviter que la preuve du crime dans le procès civil soit considérée comme nécessaire. Il note toutefois qu'il ne s'opposera pas à un retour à l'ancien texte. Il ajoute que la compétence ne dépend pas du droit national mais du droit international et souligne qu'afin d'améliorer le *statut quo* juridique il faut aller au-delà du *forum necessitatis* et de l'exigence d'un critère de rattachement minimal. Il rappelle par ailleurs que la compétence universelle n'est que subsidiaire, ce qui signifie que les hypothèses où aucun lien de rattachement avec le juge national n'existe seront extrêmement marginales. Quant à la signification d'« accès à la justice », cela vise le principe fondamental de l'accès aux tribunaux. Les aspects pratiques et procéduraux doivent quant à eux être laissés à la discrétion des Etats.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Le Rapporteur souligne enfin que l'exigence d'un critère de rattachement minimal pour l'exercice d'une compétence universelle pénale est problématique et renvoie aux exemples qu'il cite dans son rapport pour démontrer l'évolution du droit international vers un renforcement du principe de l'accès à la justice et de la punition, *via* la condamnation civile, des auteurs des crimes.

Mr *Cançado Trindade* thanked the Rapporteur for his forward-looking report and the Draft Resolution ensuing therefrom. He stated that the report timely recalled that the *Institut* had expressed its concern with the safeguard of human dignity in its Resolution of Santiago de Compostela (1989) and in its Resolution of Bruges (2003). In his own understanding, in addressing reparation to the victims of international crimes, there is need of a people-centered approach, keeping in mind the humane ends of the State. The principle of humanity, as an expression of the *raison d'humanité*, imposes limits on the *raison d'Etat*. He underlined that States are bound to protect, and not at all to oppress, all those who are under their respective jurisdictions: this corresponds to the minimum ethical, reckoned by the contemporary international community of States.

Mr *Cançado Trindade* argued that in cases of international crimes, attention is to be shifted from the vicissitudes of strictly inter-State relations to the needs of protection and of reparation to the persons concerned, in the light of the principle of humanity. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* – human conscience) underlying the conception of Law (in distinct legal systems – *Droit/Right/Recht/Direito/Derecho/Diritto*) as a whole. International crimes are anti-juridical acts, breaches of *jus cogens*, and individual victims are entitled to reparation, as subjects of the law of nations, as *titulaires* of rights which emanate directly from international law (the *jus gentium*). In face of the finding of *delicta imperii*, any bar to jurisdiction has to be removed: in cases of international crimes, the right of access to justice (belonging to the realm of *jus cogens*) prevails over undue invocations of State immunities.

Mr *Cançado Trindade* added that reparation is the indispensable complement of grave breaches of international law: to such breaches reparation is necessarily to follow. He recalled the *jurisprudence constante* of the Permanent Court of International Justice and of the International Court of Justice in this respect. There has likewise been judicial recognition of the principle of humanity (with incidence in the present context) in the case-law of other contemporary international tribunals, - such as the Judgments of the Inter-American Court of Human Rights in the case of the *Massacre of Plan de Sánchez* (2004); of the *ad*

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

hoc International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the cases of *Mucic* and of *Celebici* (2001); and of the *ad hoc* International Criminal Tribunal for Rwanda in the case of *Akayesu* (1998).

Mr Cançado Trindade noted that in a juridical epistemological reasoning, through *reparatio* the Law intervenes to cease the effects of its violations, and to guarantee the non-repetition of the harmful acts. *Reparatio* does not put an end to the human rights violations already perpetrated, but, in ceasing its effects, it at least avoids the aggravation of the harm already done. *Reparatio* is endowed with a double meaning: it provides satisfaction (as a form of reparation) to the victims, and, at the same time, it re-establishes the legal order broken by such violations – a legal order erected on the basis of the full respect for the rights inherent to the human person. The legal order, thus re-established, requires the guarantee of non-repetition of the harmful acts.

Mr Cançado Trindade concluded by stating that there is, in contemporary international law, a greater consciousness, in a virtually universal scale, of the principle of humanity. Grave violations of human rights, acts of genocide, crimes against humanity, among other atrocities, are in breach of absolute prohibitions of *jus cogens*. The feeling of *humaneness* permeates the whole *corpus juris* of contemporary international law. In its work along the years, the *Institut* has contributed also to the progressive development of international law. In this respect, the present Report and the Draft Resolution ensuing therefrom, are commendably attentive to the *raison d'humanité*, to the need of progressive development of the present domain of international law – of reparation to victims of international crimes, - and are thus deserving of the support of the plenary.

Lady *Fox* expressed her support to the Draft Resolution as Member of the Commission. She felt strongly that the original formulation was too tightly linked to international crimes, whereas the new one focused more on civil jurisdiction as well as on the notions of severe loss and its necessary reparation which the universal jurisdiction guaranteed. She highlighted that there was no need to link the concept of victim to those of *mens rea*, fault or criminal intent that were implicit in the notion of “crime” and that civil jurisdiction concentrated on the gravity of the loss, which could even be accidental.

Dame *Rosalyn Higgins* thanked the Rapporteur and the Members of the Commission for their interesting work. She was surprised by Mr Salmon’s position that some kind of minimal link or *nexus* should exist even in cases of universal jurisdiction, since that went against the whole idea of such a jurisdiction. She proposed to reverse to the original title of the Draft Resolution, given that human dignity violations could be

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

less offensive than international crimes or other events of comparable gravity and that profound differences of view between common law and civil law systems existed as to what constituted an offense to human dignity. Dame Rosalyn Higgins agreed with Mr Abi-Saab that there was a manifest resistance of States to renouncing immunity for reparation of international crimes and that as deplorable as that might be there was no evidence that such an evolution would someday be accepted. She underlined that, in order for the Resolution not to be irrelevant and disconnected from legal realities, the formulation of Article 5 had to be modified changing “shall” to “should”.

Mr *Ronzitti* congratulated the Rapporteur for his thoughtful and largely elaborated Report. He wished to stress only two small points. Firstly, the topic had been dealt with by the International Law Association not only in the Resolution adopted in The Hague in 2010 but also in another Resolution adopted in Washington in 2014. The latter dealt only with procedural issues and referred to a number of instruments other than compensation, such as truth and reconciliation commissions. It was Mr *Ronzitti*'s understanding that the Draft Resolution under discussion dealt only with reparation *stricto sensu*, i.e. compensation. In any case, he considered that the Resolution should specify what the term “reparation” meant for its purposes.

Furthermore, the preamble of the Draft Resolution defined international crimes as including “genocide, crimes against humanity, torture and war crimes” whereas the reference to torture disappeared in the Articles of the Resolution. Although the Rapporteur mentioned that torture was included in the Statute of the International Criminal Court as a crime against humanity, not as a separate crime, Mr *Ronzitti* felt the Resolution should include torture. He also wondered as to what was meant by violations “of comparable gravity to international crimes”: as the definition of “international crime” was disputed, clarity should be made about the scope of such definition and, hence of the Resolution itself.

As to the “obstacles” limiting access to justice (Article 3), he wondered whether or not States should legislate on this point and if there was an obligation to do so. But the main point was clarifying whether only the individual author should be held liable and provide for reparation, or also the State to which the crime was attributable. This was important because of the interplay with Article 5 and the principles relating to immunity. Mr *Ronzitti* mentioned, in this regard, judgment No. 238/2014 of the Italian Constitutional Court, declaring that the implementation in Italy of the ICJ judgment in *Germany v. Italy* would be incompatible with the

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Constitution. This was admittedly an isolated position, but the problem should be taken into account.

Moreover, Mr Ronzitti asked whether, assuming that States had duties vis-à-vis individuals, those duties could be respected by providing reparations at the interstate level, and whether the victims had the right to ask the State to intervene against the wrongdoer, for the purposes of obtaining that those responsible for the crime are brought to justice. Were victims entitled to benefit from protection and from other States' intervention against the responsible State? These were the doubts that had come to his mind in reading that most interesting Report, for which he again congratulated the Rapporteur.

Mr Koroma commended the Rapporteur and the Members of the 1st Commission for an excellent Report and an equally excellent Draft Resolution. Its provisions were very noble and he would agree with *confrère* Abi-Saab that the Draft should be recommended to the *Institut* for adoption. The object of the exercise should be kept in mind, namely that victims of violations should not forfeit their right to reparation/remedy for lack of jurisdiction. However, framing the Resolution in terms of *lex lata* would be misleading. What the *Institut* was trying to do was recommending action to national jurisdictions so that they would legislate and rule in that direction. *confrère* Cançado Trindade had stressed the importance of human dignity and nobody could disagree with that, but the problem at issue was how to achieve that aim effectively. The preamble should also be carefully considered, as consistency with the normative part should be ensured. Mr Koroma considered that the Resolution was, on the whole, acceptable only *de lege ferenda* and not in its present form. He also agreed that the title and Article 1 should go back to their previous wording. There was no need to redefine international crimes as there was already a generally accepted definition thereof, although some ambiguities could arise in that regard. Mr Koroma considered the proposition in Article 1, paragraph 3, that the right to reparation should not be dependent on a criminal conviction to be legally correct. The wording of the current Draft may have to be changed here and there but that was no reason to reject it, and its core principle, namely that reparation should not be withheld for want of jurisdiction, should be upheld.

M. Ranjeva voudrait remercier et féliciter le Rapporteur et la Commission pour le rapport, qui ouvre l'esprit du lecteur. Il a une première observation sur le titre proposé; à l'instar de Dame Rosalyn Higgins, il préfère le titre initial et la référence aux crimes internationaux. C'est vrai qu'il y a des divergences entre *common law* et

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

droit civil, mais puisque le thème est à la lisière entre le droit pénal et le droit civil il faut utiliser des concepts clairs. Il souligne la difficulté d'identifier les règles et principes applicables et partage l'opinion que la résolution n'est pas une codification, mais *lex ferenda*. A propos de l'article 1 paragraphe 3, il observe que la proposition selon laquelle la réparation civile ne dépend pas du jugement pénal est en continuité avec la position traditionnelle, et qu'il faut dissocier l'action pénale publique de l'action civile. Pourtant, cela donne lieu à des situations absurdes pour un citoyen, comme le montrent une certaine jurisprudence en matière de sport ou bien le cas *Simpson*, où la même personne est acquittée au pénal et « condamnée à mort » au civil. Cela reste un non-sens.

Cela dit, si la compétence universelle pénale a fait l'objet de débat et de réflexion, en matière civile elle représente une innovation fondamentale. Dans le cadre du rapport, cette compétence universelle est envisagée en matière de réparation pour atteintes à la dignité humaine, mais elle peut paraître en matière commerciale aussi, sous l'angle par exemple de l'exécution des sentences. La question fut esquissée mais jamais approfondie à la Chambre internationale du commerce. Encore, il considère que la proposition de M. Salmon pourrait enrichir le rapport.

Concernant la proposition du paragraphe 180 du rapport, selon laquelle « ce n'est pas [...] la compétence qui est universelle, mais la justification donnée à son exercice », M. Ranjeva observe que la compétence universelle n'a de rattachement avec qui que se soit, et ceci est incohérent. Il ne partage pas l'idée que la juridiction universelle puisse être exercée sans aucun lien concret avec les éléments constitutifs de l'ordre politique national. Encore faudrait-il préciser si la compétence est primaire ou résiduelle. M. Ranjeva conclut en constatant que ses observations n'enlèvent rien à la qualité du rapport.

Mr *Meron* thanked the Rapporteur warmly for his subtle and thorough Report. He had a few comments on the revised Draft and a more general comment on universal jurisdiction. As regards human dignity, as a human rights lawyer he had a soft spot for the word but it should be recognised that the term was undetermined and that it was difficult to construe a uniform concept of "human dignity". To the best of his recollection, international criminal law instruments do not mention the term. He therefore considered that it might be wiser to go back to the concept of international crimes. His second point concerned Article 2 of the Draft: the reference to the absence of stronger ties implied that what was dealt with were third States whose interest was based on the *erga omnes* character of the obligations at stake. It would be most difficult to identify the State having the stronger interest in such a situation. On Article 5 of

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

the Draft, relating to immunity, international criminal tribunals had made it clear that immunity did not protect people accused of core crimes; however, the ICC and other international tribunals were ahead of national laws in this respect.

Like Mr Abi-Saab, Mr Meron commended the progressive approach of the Rapporteur but only in terms of *lex ferenda*; the *Institut* should not try to propose it as *lex lata*. Mr Meron further noted that the Geneva Conventions of 1949 were the paradigm of universal criminal jurisdiction. Those Conventions defined breaches included in a very limited number of provisions as “grave breaches” to which compulsory criminal jurisdiction applied. For most provisions relating to war crimes the concept of compulsory universal jurisdiction did not apply, whereas optional jurisdiction was accepted. As the Rapporteur also recognised, there has been an incremental development of the principle of universal jurisdiction with regard to crimes since the adoption of the Geneva Conventions, for instance as regards acts of torture. However, there was no parallel development as regards universal civil jurisdiction, which remained essentially an optional concept, not an obligation. The United States’ Alien Tort Statute had been widely criticised for the overreaching exercise of civil jurisdiction it implied. Mr Meron thought that the *Institut* should be honest and approach the issue from a *de lege ferenda* perspective. He further referred to the link, made by *confrère* Abi-Saab, between the exercise of criminal and civil jurisdiction by national courts, to the effect that if a State exercised criminal jurisdiction it should also exercise its competence to award damages. He added that international criminal tribunals established under Chapter VII of the UN Charter had from time to time referred a case to a national jurisdiction, but the relevant rules of procedure and the implementing practice took for granted that the consent of the State is needed for the purpose of transfer.

Mr *Rao* congratulated the Rapporteur on his work. He agreed with Mr Koroma and other Members that the objective of the Draft Resolution was laudable and worthy of serious consideration. He pointed out that the meaning of effective reparation would be relative depending on each court. He suggested that the issue of enforceability of awards on reparation was also addressed in the Resolution. He added that the concepts of « comparable gravity », « effective access to justice and » « immunity » had to be further detailed, whereas that of « legal and financial obstacles » should be kept out of the Resolution. The Articles needed more specifications in order to offer useful guidance to the Members of the plenary for the adoption of the Resolution as well as to national courts once the Resolution adopted.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Mr *Lee* stated that if the objective of the Resolution was to enhance compensation for victims of international crimes, it should focus on measures helpful to that objective and propose solutions more effective than extension of jurisdiction. He argued that the Draft Resolution addressed States, as the formulation of Articles 3, 4 and 5 demonstrated, whereas it would be better to concentrate on national courts who would be the ones exercising the jurisdiction. He expressed his concern that Article 5 was misleading, because the concept of immunity gave the impression that only crimes committed by States fell under the purview of the Resolution.

Mr *Wolfrum* joined his voice to those who congratulated the Rapporteur for an academically interesting and well documented Report. He raised three points. Firstly, the title was problematic since, as Mr Basedow and Dame Rosalyn Higgins had already argued, the meaning of human dignity was dependent on each legal system. For instance, the Sharia did not interpret it in the same manner as the European legal systems. He recommended not to refer to human dignity but only to international crimes as Mr Meron had suggested. Secondly, he expressed his concerns as regards Article 2. Concerning its first paragraph, there was no basis in international law for an obligation to enact legislation on universal civil jurisdiction. Concerning paragraph 1(a), the term “strong interest” was not clear enough. Mr Wolfrum argued that the different basis for jurisdiction and the cases where they may overlap should be more detailed and clearly spelled out. Concerning paragraph 1(b), he underlined that it was not an easy task for the national judges to decide what constituted a “reasonably available remedy”. Turning to paragraph 2, he expressed his concern as to the possibility for a national court to deal with a claim with which its State had no link, especially considering the necessity to have access to all the facts and evidence. He considered that the expression “may decide to decline” in paragraph 3 did not fit well with the affirmation of the first paragraph. Thirdly, Mr Wolfrum agreed with Mr Hafner and Dame Rosalyn Higgins that there was no State practice to support removal of immunity. He concluded stating that he understood and shared the Resolution’s objective but a clear distinction between *lege lata* and *lege ferenda* had to be made.

M. *Tomka* félicite et remercie le Rapporteur et les membres de la Commission. Il apprécie les efforts du Rapporteur pour diffuser la notion de compétence universelle civile à la nouvelle génération de juristes à travers son cours à l’Académie de La Haye récemment publié.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Mr Tomka shared the view that the Draft Resolution constituted progressive development of international law and *lex ferenda*. It could represent at best an appeal to States to be inspired by such principles when elaborating international conventions on civil jurisdiction and enforcement of judgements in civil matters. He highlighted that the language of the Resolution should reflect that. He pointed out that “shall” would have to be modified in Article 2(1), since there was no obligation for States to establish universal jurisdiction in civil matters, and reformulated into “should”, already used in Articles 3 and 4. He shared Dame Rosalyn Higgins’ and Mr Wolfrum’s opinion that “shall” should be removed from Article 5 as well. Turning to human dignity, he considered it to be an important notion but a very difficult one to define. He noted that the previous title was more precise, and that he would have preferred the expression “crimes under international law” rather than “international crimes”, the latter being a more journalistic expression not accepted by the International Law Commission. He urged the Drafting Committee or the Members of the Commission to consider the expressions “crimes under international law” and “crimes du droit international” in French. Mr Tomka wondered whether the use of “such as” in the second paragraph of the preamble meant that “international crimes” was used in the Draft Resolution as an open notion not limited to certain categories, including for instance piracy.

M. Tomuschat félicite le Rapporteur pour son rapport solide, circonstancié et bien référencé. Il rejoint M. Koroma pour dire que le projet de résolution reflète un esprit novateur et une intention noble et M. Rao pour définir cet effort louable. Il estime toutefois que le projet se trouve loin du droit positif. Il s’interroge sur le fait que l’Etat y est traité comme tout autre défendeur et s’étonne qu’aucune distinction ne soit faite à ce titre entre les agents qui commettent les crimes et l’Etat auquel ils sont imputés. Il réitère la question de M. Ronzitti à cet égard. Il partage l’avis de M. Lee selon lequel la compétence universelle civile n’est pas le remède le plus approprié pour régler les conséquences financières des crimes internationaux. Il souligne qu’outre les arrêts grec et italien sur *Distomo*, il n’existe aucune pratique étatique allant dans le sens de la résolution. Même si l’Institut a pour but de favoriser le progrès du droit international, il ne peut aller trop loin au risque que son travail devienne utopique et inutilisable. M. Tomuschat ajoute qu’il n’est pas certain que, même *de lege ferenda*, la résolution soit opportune, dans la mesure où elle ignore l’importance fonctionnelle de l’institution de l’immunité dans les relations interétatiques. Il estime que le jugement *Kiobel* de la Cour Suprême américaine n’est pas isolé comme l’affirme le rapport mais représentatif de l’état actuel du droit international, bien

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

raisonné et susceptible de constituer la base des discussions sur la compétence universelle. M. Tomuschat considère qu'il peut y avoir des solutions plus imaginatives pour la réparation des victimes des crimes internationaux et se réfère à l'internationalisation des mécanismes de réparation et notamment à l'exemple des réparations Irak-Koweït. L'Institut devrait proposer de telles solutions au lieu de rester ancré dans le passé, dans la mesure où les actions individuelles ne suffisent pas pour réparer les préjudices causés par les crimes internationaux.

M. *Torres Bernárdez* remercie le Rapporteur pour un excellent travail qui fournit un apport considérable à l'assemblée. Il fait des considérations rapides: tout d'abord, il est favorable à retenir le titre original de la résolution. Il souligne ensuite que la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* est toujours relative; mais son avis est que le projet est *lex ferenda* et qu'il faut l'adapter au système du droit international public; il n'a rien contre la formulation mais il convient de ne pas forcer les choses. Il est favorable à l'esprit du projet, qui est de protéger la personne humaine. Concernant les aspects plus techniques, M. Torres Bernárdez souhaite connaître la vision du Rapporteur sur les rapports entre compétence universelle civile et pénale; est-ce que ces concepts sont semblables ou différents? Sur le rapport entre devoir de réparer et immunités, est-il concevable d'inclure dans la résolution un appel aux Etats à renoncer à l'immunité?

Mr *Reisman* admired the commitment of the Rapporteur to secure reparations to victims but the contribution of the Report is that national courts are to be enfranchised, they should be free to rely on universal jurisdiction. Aside from questions raised by other speakers his concern was that national courts were not the appropriate instrument to ensure reparations and that enfranchising them might bring some compensation but could cause enormous collateral damage. Mr Reisman considered that the *Institut* should not adopt this Resolution, even *de lege ferenda*.

M. *Momtaz* félicite le Rapporteur pour un excellent rapport et projet de résolution. Il considère opportun de revenir au titre proposé auparavant et de modifier l'article 1 paragraphe 1 du projet de manière correspondante, parce que il n'y a pas de définition adéquate de "dignité humaine". Il demande si l'article 4 couvre les groupes de victimes qui ne peuvent pas saisir les tribunaux de l'Etat où le crime est commis en raison d'une amnistie généralisée. Il estime que pour les autres Etats cette disposition couvrirait aussi ce genre de situations.

Le *Rapporteur* exprime sa ferme conviction que l'Institut doit saisir cette chance pour se prononcer en faveur du principe contenu dans le projet de résolution. Il considère que la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* est trop scolaire et rappelle que le but de l'Institut est, selon l'article 2 de ses

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

statuts, de « favoriser le progrès du droit international » en formulant « les principes généraux de la science de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé ». Le projet de résolution est fidèle à cette mission en proposant du droit prospectif, sans attendre l'adoption des traités internationaux allant dans le même sens. Il renvoie aux parties II et IV de son rapport pour des références pertinentes tirées du droit positif et de la réalité actuelle, qui démontrent que les propositions formulées ne sont pas utopiques mais dans l'air du temps.

Il souligne que si le titre, pour des raisons de simplification, se réfère à la compétence universelle civile, les articles n'en dépendent pas et que ce qui importe en définitive est le principe contenu dans l'article 2. Il note qu'il est d'accord pour revenir à l'ancienne formulation du titre et de l'article 1, paragraphe 1. En ce qui concerne l'absence de mention à la torture ou encore l'expression « crimes internationaux », il rappelle que l'Institut s'est déjà prononcé sur ces questions dans ses résolutions de Cracovie et de Naples, qui contiennent des définitions que le Rapporteur s'est contenté de réitérer pour des raisons de cohérence.

Il exprime son désaccord avec l'affirmation de M. Tomuschat selon laquelle le rapport et la résolution ne s'adressent qu'aux États, puisque les sociétés y sont également visées. Il explique que le défendeur potentiel n'est pas identifié dans la résolution car tel n'est pas son sujet, seul l'accès des victimes à la justice étant traité et ce d'autant plus que, d'une part, il appartient au juge national d'identifier le défendeur et que, d'autre part, la question de la responsabilité des sociétés est encore trop controversée.

Le Rapporteur prend bonne note des commentaires de MM. Meron et Rao sur l'article 2 et entend réfléchir sur un autre terme pour mieux exprimer la notion du lien. Il s'accorde également avec M. Momtaz sur le fait que l'amnistie n'engage pas les États tiers, ce qui est reflété dans les articles 1, paragraphes 2, 3 et 4. Il précise que si, suivant les suggestions de Dame Rosalyn Higgins et d'autres membres, « shall » est remplacé par « should » dans l'article 5, il vaudrait mieux supprimer l'article dans son intégralité, dans la mesure où il ne ferait dans cette hypothèse que répéter une disposition de la résolution de Naples. Il rappelle que l'arrêt de la Cour internationale de Justice sur les immunités a eu comme effet de priver les victimes de leur droit à réparation, et ce en dépit de l'affirmation du paragraphe 94 de l'arrêt. L'article 5 de la résolution vise à répondre à ce défaut.

Le Rapporteur indique que le monde a évolué depuis 2004, année des travaux de l'Organisation des Nations Unies sur les immunités auxquels M. Hafner faisait référence, et ajoute que les exemples de la Grèce et de

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

l'Italie démontrent que tous les Etats ne sont pas réticents à une évolution vers une plus grande protection des victimes aux dépens de l'immunité étatique. Il affirme que la protection des victimes ne doit pas être la victime de concepts trop traditionalistes et conclut en assurant qu'il va réfléchir aux modifications du titre et des articles 1 et 2 ainsi qu'aux propositions de MM. Ronzitti et Tomuschat.

The *President* thanked the Rapporteur and announced the programme for Friday.

La séance est levée à 12 h 40.

8^{ème} séance plénière

Samedi 29 août 2015 (matin)

La séance est ouverte à 9 h 10 sous la présidence de M. *Müllerson*.

The *President* invited the Plenary to resume discussions on the revised draft Resolution of the 1st Commission and gave the floor to Mr Bucher.

Le *Rapporteur* indique qu'après la réunion de la Commission qui a eu lieu la veille afin de tirer les conclusions et enseignements de l'intéressant et passionné débat de mercredi matin, il présentera à la plénière le texte révisé. La Commission a pu dégager les modifications résultant des différentes suggestions de la discussion de mercredi matin.

PROJET DE RESOLUTION REVISE 1

L'Institut de droit international,

Conscient que la réparation du préjudice subi par les victimes de crimes internationaux doit être assurée de manière appropriée et effective ;

Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves en droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre ;

Rappelant que la compétence universelle pénale est un moyen de prévenir ces crimes et de mettre fin à leur impunité, tel qu'affirmé dans la résolution de Cracovie de 2005 sur « la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre »;

Notant que la poursuite des auteurs de crimes internationaux et leur punition n'offrent qu'une satisfaction partielle aux victimes ;

Considérant que la compétence universelle civile est un moyen d'éviter que les victimes de crimes internationaux soient privées de la réparation du préjudice subi ;

Adopte la résolution suivante :

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Article 1

1. Les victimes de crimes internationaux ont droit à une réparation appropriée et effective.
2. Elles ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation.
3. Ces droits ne dépendent pas d'une condamnation pénale.

Article 2

1. Les tribunaux ont compétence pour connaître des demandes en réparation des victimes à condition que :
 - a) aucun autre Etat n'ait des liens plus étroits avec le litige, eu égard aux liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'aux faits et circonstances pertinents ; ou
 - b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels liens, aucun d'eux ne connaisse un moyen de recours disponible pour les victimes.
2. Aux fins du paragraphe 1 lettre b), les tribunaux sont considérés comme offrant un recours disponible s'ils sont compétents pour connaître de la demande et en mesure de mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*) et susceptible de conduire à une réparation appropriée et effective.
3. Le tribunal saisi de demandes en réparation des victimes peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant
 - a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
 - b) une autorité de conciliation ou d'indemnisation établie en vertu du droit international ; ou
 - c) un tribunal d'un autre Etat ayant des liens plus étroits et connaissant un moyen de recours disponible au sens du paragraphe 1.

Article 3

Les Etats devraient limiter autant que possible les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

Article 4

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Article 5

[L'immunité de l'Etat ne doit pas priver les victimes de leur droit à réparation.]

Article 6

Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, en particulier au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, le droit des victimes au sens des articles qui précèdent soit pris en compte.

DRAFT RESOLUTION REV 1

The Institute of International Law,

Conscious that appropriate and effective reparation has to be provided for the harm suffered by the victims of international crimes;

Considering that « international crimes » means serious crimes under international law such as genocide, crimes against humanity, torture and war crimes;

Recalling that universal criminal jurisdiction is a means of preventing the commission of such crimes and to avoid their impunity, as affirmed in the 2005 Krakow Resolution on « universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes; »

Noting that the prosecution of the authors of international crimes and their punishment provides only a partial satisfaction to the victims;

Considering that universal civil jurisdiction is a means of avoiding the deprivation of the victims of international crimes to obtain reparation of the harm suffered;

Adopts the following Resolution:

Article 1

1. Victims of international crimes have a right to appropriate and effective reparation.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.
3. These rights are not dependent on any criminal conviction.

Article 2

1. Courts have jurisdiction over claims for reparation by victims provided that:

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

- (a) no other State has stronger connections with the claim, taking into account the connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or
 - (b) even though one or more other States have such stronger connections, such victims do not have in the courts of any such other State available remedies.
2. For the purposes of paragraph 1(b), courts shall be considered to provide an available remedy if they have jurisdiction and if they are capable of dealing with the claim in compliance with the requirements of due process and of providing remedies that afford appropriate and effective redress.
3. The court where claims for relief by victims have been brought may decide to decline to entertain the claims or to suspend the proceedings, in light of the circumstances, when the victims' claims have also been brought before:
- (a) an international jurisdiction, such as the International Criminal Court;
 - (b) an authority for conciliation or indemnification established under international law; or
 - (c) the court of another State having stronger connections and available remedies within the meaning of paragraph 1.

Article 3

States should keep to the minimum the legal and financial obstacles facing victims and their representatives in the course of procedures relating to claims for reparation.

Article 4

States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims to present claims for reparation.

Article 5

[State immunity shall not deprive victims of their right to reparation.]

Article 6

It is recommended that in the course of the preparation of an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in particular by the Hague Conference on Private International Law, the rights of victims as set out in these Articles be taken into account.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

En ce qui concerne les questions posées par les membres de la plénière, le Rapporteur note qu'il y a déjà largement répondu mercredi dernier et qu'il souhaite désormais préciser certains derniers points, avant de se concentrer sur le texte révisé de la résolution.

Il signale que l'intitulé et par conséquent l'article 1 paragraphe 1 ont été modifiés dans le sens des propositions de la plénière. L'ancienne formule qui se réfère aux crimes internationaux a en effet été retenue, ce qui entraîne l'abandon de la mention de la dignité humaine.

Il ajoute qu'en ce qui concerne la notion de réparation, il s'agit d'un terme couramment utilisé dans la résolution conformément aux articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des Etats, à la Déclaration de Kampala de 2009 et à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il couvre donc tous les modes de réparation et pas uniquement les dommages et intérêts. Il renvoie à cet égard au paragraphe 63 de son rapport. Le Rapporteur souligne qu'il est souvent plus important pour les victimes, ou du moins tout autant important, d'avoir une confirmation qu'un acte illicite qui les a profondément lésées a eu lieu et de se trouver face à l'auteur de cet acte, plutôt que d'obtenir une indemnisation financière. Le procès civil permet à tout le moins une telle satisfaction morale. Le Rapporteur précise que l'exécution d'un jugement peut poser problème, mais la notion d'exécution reste incertaine. Pour cette raison elle n'apparaît pas expressément dans la résolution. En toute hypothèse, avoir obtenu un jugement est déjà une satisfaction immense pour les victimes.

Le Rapporteur précise que l'article 2 a été allégé et est désormais plus facile à lire. Les articles 3, 4 et 6 sont restés inchangés et que l'article 5 a été assoupli, d'une part, et mis entre crochets, d'autre part. Il estime en effet que la discussion n'est pas suffisamment avancée quant à l'article 5, eu égard notamment aux objections fondamentales de certains membres. Il indique que deux solutions sont dès lors possibles : supprimer l'article 5 dans son intégralité ou conserver uniquement l'idée de base d'un droit à réparation des victimes nonobstant la question de l'immunité, solution qui emporte sa préférence personnelle.

The *President* gave the floor to the Plenary for general comments or questions as regards the revised Resolution.

M. *El-Kosheri*, membre de la 1^{ère} Commission, félicite le Rapporteur pour un rapport très riche en enseignements et informations. Il souligne qu'il serait dommage qu'un tel travail soit négligé, ce qui arrive habituellement aux rapports qui n'aboutissent pas à une résolution. Il considère que l'Institut devrait adopter cette résolution. Il souhaite donner son sentiment sur l'avenir ; de la même manière que les crimes

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

internationaux sont un sujet topique aujourd'hui, le terrorisme international qui égorge les innocents au nom d'une religion le sera demain. La communauté internationale se doit de faire face à ce danger qui menace la civilisation. Il appartient à l'Institut, dans sa mission essentielle en faveur du progrès du droit international, d'œuvrer pour préparer la communauté internationale à une telle éventualité. L'adoption de la résolution constitue un pas dans cette direction.

Mme *Gaudemet-Tallon*, en tant que membre de la 1^{ère} Commission, s'associe à ce qui a été dit par M. El-Kosheri. Elle considère que le rapport est exhaustif et nuancé et que la résolution proposée est tout à la fois prudente, dans la mesure où la compétence universelle n'y est que subsidiaire, et nécessaire, afin de ne pas laisser sans recours les victimes. Elle correspond donc à la mission et aux valeurs de l'Institut.

M. *Tomuschat* remercie le Rapporteur et la Commission pour un grand travail qui a abouti au projet de résolution examiné. Il réitère toutefois sa crainte que ledit projet souffre d'une lacune importante, puisque les Etats n'y sont pas pris en considération de manière appropriée. Il rappelle que la réparation en droit humanitaire est principalement collective et interétatique. Il convient alors de clarifier dans la résolution les rapports entre la réparation individuelle et la réparation collective. Il note que les conflits armés au cours desquels des atrocités sont commises donnent souvent lieu à un traité de paix qui règle les questions de réparation de manière globale et souhaite savoir si, dans ces cas, le droit individuel à la réparation demeure. A sa connaissance, lorsque le mode de règlement est collectif, il n'existe pas en parallèle d'actions individuelles contre l'Etat responsable. Il ajoute que le projet de résolution couvre pléthore d'auteurs, dont les entreprises, l'Etat et les individus. Si les deux premiers ont les moyens de réparer, les individus n'ont que très peu de ressources. Il souligne qu'en cas de crise humanitaire majeure les modes de règlement traditionnels du droit international impliquant la responsabilité étatique sont indispensables et rappelle l'exemple de la Commission Iraq-Koweït. Cette dernière constitue à son avis un modèle exemplaire dont pourrait profiter le projet de résolution afin de ne pas rester ancré dans le passé et d'être davantage situé dans son contexte actuel. Il estime que, par exemple, rien ne pourra être fait contre l'Etat islamique, auquel M. El-Kosheri faisait référence, sur la base de cette résolution, mais ne souhaite pas entrer dans un débat politique. Il conclut en répétant que si le rapport est solide et riche, la résolution est quant à elle trop étroite et signale qu'il n'y donnera pas son appui en raison de cette lacune qui nécessite d'être remplie.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Mr *Lee* welcomed the new draft and acknowledged the Rapporteur and Commission's great effort to meet the comments of the Plenary. He noted the improvement of Article 2. He wished for further focus on private international law and especially on measures that would help the victims in terms of reparation, such as legal assistance, freezing assets and funding. He expressed his satisfaction concerning the revised draft Resolution and admitted that there might be no need for more attention on the complicated question of State responsibility.

M. *Abi-Saab* partage l'avis de M. El-Kosheri selon lequel le rapport en soi est une grande contribution qui doit être préservée et publiée quel que soit le sort de la résolution. En ce qui concerne la nouvelle formulation de la résolution, il souligne qu'elle est désormais beaucoup plus proche au sentiment général exprimé lors de la première discussion en plénière. Il rappelle la distinction qu'il avait introduite entre *lex lata* et *lex ferenda* et indique que l'Institut doit non seulement constater l'état du droit positif mais également veiller à ce que le droit avance dans la bonne direction. Certains points de la résolution peuvent encore être améliorés à son avis. Il estime que l'expression « les Etats devraient », qui a remplacé l'impératif antérieur, n'est pas suffisamment puissante et que le futur simple serait plus opportun, pouvant être interprété soit comme un vœu soit comme une obligation *soft law*. Il rejoint par ailleurs M. Tomuschat sur le fait que l'aspect résiduel de la responsabilité étatique est ici très important et indique que la différence majeure entre cette résolution et le « Aliens Tort Statute » réside dans le caractère subsidiaire de la compétence universelle. Quant à l'éventualité d'une réparation collective suivant l'exemple de la « United Nations Compensation Commission Iraq-Kuwait » pour laquelle il a personnellement travaillé, il considère qu'elle est prise en compte dans l'article 2, paragraphe 3, lettre b), mais que la reformulation « s'il y a une réparation, qu'elle soit collective ou individuelle » pourrait davantage expliciter l'aspect résiduel de la compétence.

Mme *Infante Caffi* remercie le Rapporteur et la Commission pour un projet intéressant qui invite à réfléchir sur ce que le droit international devrait être, et ce même si elle n'est pas d'accord avec le projet de résolution qui va au-delà de ce que les Etats peuvent faire ou sont prêts à accepter. Elle souligne qu'en dépit de ce que la résolution affirme, il existe une étroite dépendance juridique entre condamnation pénale et droit à la réparation, dans la mesure où, en l'absence d'un auteur condamné, le sujet qui doit réparer n'est pas clairement identifié. Elle considère par ailleurs que l'article 5 est certes généreux pour les victimes, mais que la réalité s'y oppose et que la rédaction proposée ne résout pas

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

les problèmes. Une disposition moins généreuse mais susceptible de s'appliquer concrètement serait préférable. Enfin, elle apporte son appui à l'article 2, paragraphe 3, qui décrit exactement l'état du droit, mais estime qu'une référence au devoir de coopération des Etats avec les tribunaux internationaux, commissions de conciliation et autres instances internationales est nécessaire.

M. *Ranjeva* adresse ses remerciements au Rapporteur et prend acte des progrès de cette version par rapport à l'antérieure. Lors de la première discussion il avait attiré l'attention du Rapporteur à l'intérêt en la matière du droit international privé. Sa proposition a été prise en compte, mais désormais le projet est trop orienté vers le droit international privé, alors que la réparation relève d'obligations du droit international public. Les problématiques de la réparation et de la compétence universelle sont intrinsèquement liées à celles de la paix et de la sécurité internationales. Il considère qu'il est important d'énumérer dans la résolution les sujets du droit international concernés, les Etats tout d'abord comme l'a indiqué M. Tomuschat, mais également les banques, les individus et les autres institutions internationales, afin d'identifier tous les acteurs impliqués et leurs rôles respectifs. Il ajoute qu'il convient de prendre en compte l'aspect juridique mais aussi politique de la question et rappelle à cet égard l'exemple de la mise en place du Tribunal pénal international pour le Rwanda. La fonction de la réparation ne se limite pas à une simple déclaration. Elle doit également amener les parties à se retrouver sur un terrain de paix et aider à dépasser la logique de la répression, du rejet et de la haine pesant sur les générations futures. Il propose enfin de faire preuve de créativité juridique et de réfléchir davantage sur la réparation, qu'elle soit étatique, individuelle ou collective. Pour l'ensemble de ces raisons, il n'accepte pas la résolution en l'état, mais accorde toute sa confiance à la Commission pour approfondir son travail dans un tel sens.

The *President* announced that the discussion Article by Article on the text proposed by the 1st Commission would begin.

Mr *Wolfrum* wished to associate himself with those who praised the high academic quality of the Report, which included much significant information on issues of both private and public international law. However, in his view, the richness of the Report was not sufficiently reflected in the draft Resolution. He maintained that one of the purposes of any report was to prepare Resolutions that could be of guidance, and that the present draft was not elaborated enough for that purpose. Mr *Wolfrum* also considered that the topic addressed by the Resolution should be considered in the framework of the numerous treaties dealing with the compensation of victims of war crimes and war damages. For

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

example, many compensation commissions had been set up after World War I. Furthermore he observed that the Resolution should address not only the position of individuals, but also that of States, which included not only the authors of crimes but also the States of nationality of victims. Mr Wolfrum considered that draft Article 2 paragraph 3 letter (b) could be accepted, but that more should be said on the above-mentioned element. Mr Wolfrum praised the change in Article 2 paragraph 1 but wondered on what basis national courts had jurisdiction; he stressed that States should provide for jurisdiction under the circumstances referred to in the provision. Moreover, the Resolution would benefit from an express reference not only to conciliation commissions and similar mechanisms, but also to the relationship between the various *fora*. This would provide helpful guidance to actors such as non-governmental organisations, States and victims. Mr Wolfrum was, in conclusion, not satisfied with the draft, considering that the quality of the Report merited a more detailed Resolution.

Mr *Reisman* joined colleagues in expressing admiration for the Report and deep respect for the Rapporteur's passion for the provision of justice into human beings. He agreed with the revised text of Article 1 of the Resolution and he also agreed that current inter-State provisions for reparations were unsatisfactory, as they did not provide for effective implementation of the right to reparation; after all, international lawyers kept looking for methods of implementation of the law. However, the innovation of the Report was to look at national courts as effective instruments to provide for reparations. He was suspicious of national courts' role in international law issues. He also stressed the danger of *forum shopping*, whereby unscrupulous lawyers surveyed all potential *fora* and selected accordingly. International arbitration was often resorted to precisely in order to avoid this defect of the legal system. Mr *Reisman* recalled that his reservation did not concern the objective of the Report but the recruitment of national courts in ensuring reparations, as he was sceptical and fearful of the collateral damage this might cause.

Mme *Bastid-Burdeau* salue la richesse du rapport, considérant qu'il est important d'aboutir à une résolution. Puisque M. d'Argent a réfléchi sur le projet et sur certaines propositions d'amendement mais, qu'en tant que nouveau membre, il ne peut pas prendre la parole, Mme *Bastid-Burdeau* désire présenter elle-même ces amendements auxquels elle souscrit, et qui ont aussi l'appui de M. *Sicilianos*. Ces amendements ont pour fonction de clarifier certains points, par exemple l'identification des tribunaux auxquels il faut s'adresser et l'ordre à

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

respecter à cet égard, ce qui pourrait d'ailleurs aller à l'encontre des soucis de M. Reisman.

Suggestion 1 présentée par Mme Bastid Burdeau, MM. Sicilianos et d'Argent:

Article 1

1. Les victimes de crimes internationaux ont droit à une réparation appropriée et effective à charge du ou des sujets de droit responsables de ces crimes.
2. Les victimes ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander cette réparation, en priorité devant les tribunaux de l'Etat dont la responsabilité est alléguée ou de l'Etat de nationalité, de résidence ou de siège du sujet de droit dont la responsabilité est alléguée.
3. Lorsque la réparation est réclamée à un sujet de droit pénalement responsable, l'action diligentée devant l'un des fors visés au paragraphe 2 ne devrait pas être subordonnée à une condamnation pénale préalable.

Article 2

1. Lorsque les tribunaux visés à l'article 1 paragraphe 2 refusent d'exercer leur compétence ou ne sont notoirement pas en mesure de mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*) et susceptible de conduire à une réparation appropriée et effective, les victimes sont en droit de porter leur réclamation devant tout autre for compétent présentant un lien avec le litige. Un tel lien est présumé exister lorsque le for compétent est celui où le crime s'est produit ou celui de la nationalité des victimes.
2. Les actions en réparation visées au présent article paragraphe 1 sont sans préjudice des immunités applicables. Toutefois, les Etats ou organisations internationales devraient envisager de lever leur immunité ou l'immunité de leurs représentants ou agents lorsqu'ils sont assignés en réparation de préjudices causés par des crimes internationaux dont il est allégué qu'ils sont responsables.

Article 3

Tout tribunal saisi de demandes en réparation des victimes devrait décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
ou
- b) une autorité de conciliation ou d'indemnisation établie en vertu
du droit international.

De même, tout tribunal saisi de demandes en réparation des victimes devrait décliner sa compétence lorsque les préjudices subis par les victimes ont fait l'objet d'un accord indemnitaire, pourvu que cet accord ait adéquatement pris en compte leurs intérêts en fonction de toutes les circonstances existant au moment de sa conclusion, et qu'il soit entré en vigueur.

Article 4

Les Etats devraient limiter autant que possible les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

Article 5

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation.

* * *

Mr *Kazazi*, as a Member of the 1st Commission, wished to associate himself with the views of *confrère* *Abi-Saab*; he considered that the Resolution should be put to vote and adopted. He understood the reasons expressed by *confrères* *Tomuschat*, *Reisman* and *Wolfrum* and acknowledged that other issues could be raised. Still, he also considered that, differently from other Resolutions adopted by the *Institut*, such as the one on succession of States in matter of international responsibility that had just been adopted, the draft under discussion dealt with a new issue, which was not ripe for codification, as no coherent legal framework had developed yet. The Resolution was progressive, but should be seen as a beginning, not an end, and it would be good for the *Institut* to be courageous in the instance under consideration.

Le *Rapporteur* essaie de synthétiser les résultats du débat et salue ceux qui soutiennent la résolution. Certaines objections oublient le sujet confié à la 1^{ère} Commission, qui ne couvre pas les questions liées au maintien de la paix internationale. Le sujet abordé n'est pas non plus le domaine de l'arbitrage.

Le *Rapporteur* ajoute que la relation juridique qui fait l'objet de la résolution n'est pas purement interétatique, et que la situation est plus complexe : le droit à réparation est reconnu désormais en droit

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

international, et il faut que M. Tomuschat l'accepte. Le Rapporteur souligne à cet égard que les traités de paix sont réservés au paragraphe 137 de son rapport ; dans ce contexte, donc, l'Etat peut disposer du droit des victimes et la question devient après une question de droit national. D'ailleurs, des clauses d'exclusivité sont prévues par les traités de paix. Ensuite, s'il est vrai qu'il faut favoriser les commissions d'indemnisation, le Rapporteur souligne qu'elles sont réservées elles aussi (comme l'expliquent les paragraphes 144-154 du rapport), et ont la priorité sur la compétence universelle d'après l'article 2, paragraphe 3, du projet de résolution.

Par rapport aux autres commentaires de MM. Tomuschat et Ranjeva, les auteurs des crimes internationaux ne sont pas que des Etats et des dictateurs. La plupart du temps, il s'agit d'entreprises envers lesquelles le juge national peut exercer sa compétence. Toutefois, l'identification des auteurs ne fait pas partie du sujet couvert par son rapport et par le projet de résolution.

The *President* announced that discussion would continue on the Resolution proposed by the 1st Commission. The situation was complicated, in that regard, since there had been some official amendment proposals, which in the President's opinion could not be easily included in the current text as they would imply significant changes. The President asked the Rapporteur to express his views on those amendments.

Le *Rapporteur* rappelle la procédure qui a été suivie pour arriver au texte présenté à la plénière: il y a eu un débat général, la 1^{ère} Commission s'est réunie vendredi matin et a pu tenir en compte plusieurs contributions très utiles qui étaient parvenues au Rapporteur. Il s'agit de la procédure suivie d'habitude et qui permet à la Commission et au Rapporteur d'achever leur travail de manière appropriée.

Le texte des nouveaux amendements proposés par Mme Bastid-Burdeau, M. Sicilianos et par le nouveau membre associé M. d'Argent a été présenté au Rapporteur seulement ce matin, ce qui à son avis est regrettable, entre autres parce que le texte est à l'opposé de ce que la Commission voulait faire. Par rapport à l'article 1, paragraphe 1, le texte ne spécifie pas si la responsabilité en jeu est pénale ou civile. L'article 1, paragraphe 2, mentionne l'exigence d'une réparation effective tandis qu'il est impossible d'obtenir ce résultat dans le pays où le crime est commis. De ce point de vue, la nouvelle proposition est irréaliste. En outre, le Rapporteur remarque que l'Etat de nationalité des sujets responsables n'a en principe pas de compétence ou de juridiction sur le plan civil. Par rapport à l'article 1, paragraphe 3 de l'amendement, il est

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

contradictoire d'affirmer que le sujet est « pénalement responsable », puisque de cette façon la condamnation pénale deviendrait une condition de la responsabilité civile, bien que le contraire soit aussi prévu dans la même disposition.

Selon le texte de l'article 2, paragraphe 1, de la nouvelle proposition, le lien le plus étroit est présumé exister avec l'Etat où le crime s'est produit. L'Institut devrait-il donc recommander aux victimes de saisir les juridictions de ce pays? Le Rapporteur réitère en outre que la nationalité n'est pas un critère de juridiction en droit civil. Concernant le paragraphe 2, le Rapporteur rappelle que la responsabilité des organisations internationales n'est pas abordée par la résolution et considère qu'il n'est pas possible de l'inclure à cause du silence des travaux et des propositions de la 1^{ère} Commission à cet égard. Il propose donc de ne pas considérer l'amendement et d'approuver la résolution telle que proposée par la 1^{ère} Commission.

The *President* considered that the Resolution posed a serious challenge to the Plenary. The President hesitated to begin the discussion Article by Article since he felt that there were significant problems with the Resolution. At the same time, the Report was so rich, a lot of work had been done and it would be most useful to proceed further with the document. The President recalled that the Report by Mr Kohen had been at the same stage, possibly even at a more advanced stage, at the Tokyo Session and that the decision was made to postpone discussion to the next session, where the Resolution had actually been adopted. In his opinion, this could be a viable option as a vote Article by Article would most likely result in many votes against the draft as a whole, rather than against specific Articles. The President then asked the Members participating in the Plenary to express their points of view on how best to proceed.

M. *Sicilianos* souligne que le projet d'amendement rédigé par M. d'Argent et présenté par Mme Bastid-Burdeau, M. d'Argent et lui-même, n'entend guère aller à l'encontre des propositions de la résolution. Il ne vise qu'à mettre davantage en lumière la confluence entre droit international public et droit international privé dans un langage qui puisse marier les deux disciplines. Il reconnaît qu'il ne s'agit pas d'une tâche aisée. Il souscrit à plusieurs éléments de l'actuel projet de résolution qui vont dans le bon sens, mais estime qu'en l'état le projet ne reflète pas toutes les préoccupations essentielles du droit international public. L'amendement proposé ne saurait le faire non plus et il ne vise qu'à faciliter le dialogue afin que la résolution puisse être adoptée avec une large majorité, sinon un consensus. Il note que l'amendement a été

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

soumis à la hâte faute de temps et que son seul objectif est de proposer une approche combinée susceptible d'emporter une large majorité et non de saborder l'excellent travail du Rapporteur.

M. *Conforti* tient à adresser ses félicitations au Rapporteur et aux membres de la Commission, étant donné qu'il prend la parole pour la première fois concernant cette résolution. Il salue la richesse, les références à la pratique et le grand intérêt global du rapport, qui ne doit pas être écarté. Quant à la procédure à suivre désormais, il invite la Commission à poursuivre son travail durant l'intersession, dès lors que le temps restant de la session de Tallinn n'est pas suffisant pour adopter une résolution. Plus de temps est nécessaire, notamment pour ce qui concerne l'article 5 dont la suppression de la résolution ne serait pas avisée, puisque dans une telle hypothèse il n'y resterait rien d'autre que le principe d'un droit à la réparation pour les victimes.

Mr *Oxman* associated himself with the congratulations already addressed to the Rapporteur and the Commission. He thought it was premature to proceed to a vote Article by Article and was inclined to agree with Mr Conforti's proposition that the Commission's work should continue. He noted that the latter might benefit from a Plenary discussion Article by Article in order to take into consideration the reviews and comments expressed by the Members in addition to those presented in writing.

M. *Ranjeva* considère qu'il serait insensé, voire absurde, de ne pas se rallier à la solution de sagesse, qui consiste à reporter le vote à la prochaine session et à inviter la 1^{ère} Commission à poursuivre ses travaux. Il attire l'attention sur le fait que l'Institut n'est pas une organisation de codification composée de plénipotentiaires représentant les Etats et que l'adoption d'une résolution ne constitue pas une victoire pour tel camp contre tel autre, mais l'aboutissement des efforts concertés pour un résultat politiquement et juridiquement acceptable. Il serait peu opportun d'adopter une approche dichotomique et de se précipiter, alors que les propositions de la plénière ne visent qu'à davantage contribuer à la pensée internationale. Il estime qu'il convient d'avoir l'humilité d'accepter que le mieux est l'ennemi du bien. Il note que le Président a rempli parfaitement sa mission en veillant à la sérénité et au caractère démocratique du débat et en s'assurant que tous les membres étaient à l'aise avec la résolution, avant de procéder à son vote.

Mme *Bastid-Burdeau* souhaite dissiper le malentendu créé par les propos prononcés à l'égard de M. d'Argent, qui, étant parfaitement au courant des usages de l'Institut, a beaucoup hésité avant de proposer l'amendement en cause et ne l'a fait qu'après en avoir discuté avec

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

certain confrères et consœurs, dont M. Sicilianos et elle-même qui coprésentaient l'amendement. Elle ajoute qu'il ne s'agit pas nécessairement de supprimer l'article 5 et que les immunités sont mentionnées dans l'article 2, paragraphe 2, de l'amendement proposé, qui reprend à cet égard la résolution de Naples (2009). Elle souligne que la question de la rédaction demeure très ouverte et qu'en toute hypothèse l'idée selon laquelle l'immunité ne devrait pas s'opposer au droit à réparation des victimes a sa place dans la résolution.

Mr *Buergenthal* underlined that the Report and Resolution's subject matter was extremely important and that it would be sad if a premature negative vote meant the end of the project. He supported strongly the President's suggestion to continue the 1st Commission's work in order to agree on a proposal for a new Resolution. He emphasised that the Resolution's subject, contrary to many others, could affect a great number of people. That was why a strong Resolution, and not one that barely achieved majority, was needed.

Mr *Lee* suggested that another solution might be to vote on a Resolution containing only those elements that received the widest support and maybe adopt another Resolution on the same subject matter on a future Session.

The *President* agreed with Mr *Buergenthal* who expressed in most appropriate terms the importance of the Resolution and the need not to precipitate for a vote at such a late stage of the Session. However, he considered that the Resolution's division into two parts would disservice the whole topic and recalled that it was extremely rare in the *Institut's* traditions that a Resolution be adopted in the same session in which it was presented for the first time.

Mr *Pocar*, as a Member of the 1st Commission, said that he had participated in the debates but was faced with the amendment only now. He would deem it unfortunate if the Resolution were split in two parts, as suggested by confrère *Lee*. Mr *Pocar* felt that it was not the right approach; the amendment showed that there was significant disagreement as to the content of the Resolution and accepting only the points on which there was agreement might cause difficulties at the following Session. Mr *Pocar* agreed with *confrère* *Buergenthal* and with the *President* that the subject addressed by the Resolution could affect millions of people and that the *Institut* should hence take a position on the issue. However, he felt that the proposed amendment could not be accepted as such, as it included some mistakes. On the other hand, a compromise on the issue of immunities, as the one reflected in the proposal, might be better than

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

having nothing on that question in the Resolution. That would have to be discussed by the 1st Commission.

The *President* said he would be eager to have a third Resolution adopted at the Tallinn Session but did not believe that it would be possible at the present stage; he considered that splitting the text and adopting only some provisions would not be a good idea either.

Mr *Wolfrum* shared the opinion expressed by *confrère* Buergenthal that the Resolution was much too important and did not deserve to be adopted as a skeleton. Mr *Wolfrum* hence supported the option of deferring the discussion of the Resolution to the next Session, while also organising an inter-sessional meeting that would bring matters further. He also considered that the amendment could probably not be incorporated as a whole but there were some elements worth considering. Mr *Sicilianos* had suggested that the *Institut* should work for consensus and that was always a very good argument; and if consensus would not be possible the *Institut* should at least seek to obtain a significant majority.

The *Rapporteur* recalled that thousands and millions of victims were waiting and it was regrettable that the *Institut* could not give them an answer. The *Rapporteur* accepted that the decision was made and wished to thank the Members of the 1st Commission and the friends who helped him with the drafting. He also announced that he resigned from the 1st Commission.

The *President* expressed regret for that decision, as there was no reason for it. The *Rapporteur* had worked immensely on the topic and nobody else could continue the work as well as the *Rapporteur* would.

Mr *El-Koshi* strongly urged the *Rapporteur* to reconsider the situation, as he had contributed immensely to the study of the subject and nobody else could replace him adequately.

Mr *Abi-Saab* joined Mr *El-Koshi* in appealing to his close friend Mr *Bucher* to go on with the Resolution, since his immense work could not continue without him. He was conscious that they asked too much of the *Rapporteur*, but did not see how the work of the Commission could pursue without its main actor.

M. *Torres Bernárdez* souligne qu'il a beaucoup appris du rapport et qu'il convient de garder à l'ordre du jour le projet. Il prie le *Rapporteur* de reconsidérer sa décision dans l'intérêt général et de poursuivre son travail avec les mêmes sciences, ferveur et dévouement et lui fait savoir que l'Institut a besoin de lui. Il invite tous les membres à agir de manière raisonnable, pour que la Commission poursuive ses travaux jusqu'à

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

l'adoption d'une résolution qui sera une première pour le droit international public.

Mr *Cançado Trindade* expressed his solidarity with the Rapporteur for his endeavours. The historical roots of the duty of reparation (in the light of the basic principle *neminem laedere*) for international crimes go back to the origins of the law of nations (the writings of Francisco de Vitoria, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf and Christian Wolff, in addition to those of Alberico Gentili, Francisco Suárez and Cornelius van Bynkershoek). He added that it was most regrettable to see the difficulties that still persist, in this early XXIst century, to address this issue properly, shifting attention from a State-centered into a human person-centered approach in the matter of reparations to victims of international crimes. It was necessary for the *Institut de droit international* to continue its work on the subject.

Mme *Bastid-Burdeau* désire dissiper un malentendu, réitérant qu'elle a beaucoup de considération et d'amitié pour le Rapporteur. Elle ne comprend pas pourquoi la discussion est concentrée sur la procédure à suivre plutôt que sur le fond de la résolution.

The *President* proposed to have a first round of discussion on the substantive aspects of the Resolution before deciding whether it was possible to vote on the Resolution in Tallinn.

M. *Ranjeva* attire l'attention sur la suite des travaux. Objectivement, la 1^{ère} Commission n'aurait pas assez de temps pour aboutir à un texte qui puisse être approuvé en plénière. Il suggère que le sujet soit considéré comme prioritaire pour la prochaine session, en tant que principal objet de délibération, à la suite d'une intersession active.

Le *Rapporteur* ne peut pas suivre l'avis de M. *Ranjeva*. Il note qu'il est encore temps jusqu'au lendemain midi pour réviser le texte et proposer une version modifiée de la résolution. A son avis les problèmes persistant ne sont pas si importants et, s'il n'y avait pas eu l'amendement, la plénière aurait déjà bien avancé dans l'examen de la résolution. Cela dit, il reconnaît que l'Institut et le Président sont maîtres de la procédure.

The *President* took note of the suggestion that the Rapporteur, the Commission and the authors of the amendment could meet during the afternoon in order to prepare a new integrated draft of the Resolution. Nevertheless, he had doubts on the feasibility and opportunity of such a solution. He repeated that the issue was too important to precipitate for a vote without further work and without taking into account all the important and interesting proposals made by the Plenary.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

M. *Abi-Saab* s'interroge sur l'idée d'une réunion de la Commission afin de préparer un nouveau texte, de manière à ce que le plus gros du travail soit terminé à Tallinn et que très peu ne reste à faire durant l'intersession.

The *President* announced the programme for that afternoon. The Rapporteur, the Members of the 1st Commission and the closely interested persons, notably the authors of the amendment, could meet at 2 p.m. in order to work on a revised text as Mr Abi-Saab proposed. If a draft that could be voted was prepared, a vote might take place that afternoon or the next morning.

La séance est levée à 12 h 00.

9^{ème} séance plénière

Samedi 29 août 2015 (après-midi)

La séance est ouverte à 16 h 25 sous la présidence de M. *Müllerson*.

The *President* began by informing the plenary that a text of the revised draft Resolution in both English and French had been distributed to the Members. He invited the Members to take stock of the document. He called upon the Rapporteur to explain the revisions that had been made to the draft Resolution.

PROJET DE RESOLUTION REVISE 2

L'Institut de droit international,

Conscient que la réparation du préjudice subi par les victimes de crimes internationaux doit être assurée de manière appropriée et effective ;

Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves en droit international tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture et les crimes de guerre ;

Rappelant que la compétence universelle pénale est un moyen de prévenir ces crimes et de mettre fin à leur impunité, tel qu'affirmé dans la résolution de Cracovie de 2005 sur « la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre » ;

Notant que la poursuite des auteurs de crimes internationaux et leur punition n'offrent qu'une satisfaction partielle aux victimes ;

Considérant que la compétence universelle civile est un moyen d'éviter que les victimes de crimes internationaux soient privées de la réparation du préjudice subi, notamment du fait que les fors normalement compétents n'offrent pas de recours disponible pour assurer la réparation ;

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Adopte la résolution suivante :

Article 1

1. Les victimes de crimes internationaux ont droit à une réparation appropriée et effective à la charge du ou des sujets responsables de leur préjudice.
2. Elles ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation.
3. Ces droits ne dépendent pas d'une condamnation pénale de l'auteur du crime.

Article 2

1. Un tribunal devrait exercer sa compétence pour connaître des demandes en réparation des victimes à condition que :
 - a) aucun autre Etat n'ait des liens plus étroits avec le litige, eu égard aux liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'aux faits et circonstances pertinents ; ou
 - b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels liens, aucun d'eux ne connaisse un moyen de recours disponible pour les victimes.
2. Aux fins du paragraphe 1 lettre b), les tribunaux sont considérés comme offrant un recours disponible s'ils sont compétents pour connaître de la demande et en mesure de mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (due process) et susceptible de conduire à une réparation appropriée et effective.
3. Le tribunal saisi de demandes en réparation des victimes peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant
 - a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
 - b) une autorité de conciliation ou d'indemnisation établie en vertu du droit international ; ou
 - c) un tribunal d'un autre Etat ayant des liens plus étroits et connaissant un moyen de recours disponible au sens du paragraphe 1.

Article 3

Les Etats devraient limiter autant que possible les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Article 4

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation.

Article 5

[L'immunité des Etats ne devrait pas priver les victimes de leur droit à réparation.]

Article 6

Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, en particulier au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, le droit des victimes au sens des articles qui précèdent soit pris en compte.

DRAFT RESOLUTION REVISED 2

The Institute of International Law,

Conscious that appropriate and effective reparation has to be provided for the harm suffered by the victims of international crimes;

Considering that "international crimes" means serious crimes under international law such as genocide, crimes against humanity, torture and war crimes;

Recalling that universal criminal jurisdiction is a means of preventing the commission of such crimes and to avoid their impunity, as affirmed in the 2005 Krakow Resolution on "universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes";

Noting that the prosecution of the authors of international crimes and their punishment provides only a partial satisfaction to the victims;

Considering that universal civil jurisdiction is a means of avoiding the deprivation of the victims of international crimes to obtain reparation of the harm suffered, in particular because the courts ordinarily having jurisdiction do not provide for an appropriate remedy;

Adopts the following Resolution:

Article 1

1. Victims of international crimes have a right to appropriate and effective reparation from the legal or natural person liable for the injury.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.
3. These rights are not dependent on any criminal conviction of the author of the crime.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Article 2

1. A court should exercise jurisdiction over claims for reparation by victims provided that:

- a) no other State has stronger connections with the claim, taking into account the connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or
- b) even though one or more other States have such stronger connections, such victims do not have in the courts of any such other State available remedies.

2. For the purposes of paragraph 1 letter (b), courts shall be considered to provide an available remedy if they have jurisdiction and if they are capable of dealing with the claim in compliance with the requirements of due process and of providing remedies that afford appropriate and effective redress.

3. The court where claims for relief by victims have been brought may decide to decline to entertain the claims or to suspend the proceedings, in light of the circumstances, when the victims' claims have also been brought before:

- a) an international jurisdiction, such as the International Criminal Court;
- b) an authority for conciliation or indemnification established under international law; or
- c) the court of another State having stronger connections and available remedies within the meaning of paragraph 1.

Article 3

States should keep to the minimum the legal and financial obstacles facing victims and their representatives in the course of procedures relating to claims for reparation.

Article 4

States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims to present claims for reparation.

Article 5

[State immunity should not deprive victims of their right to reparation.]

Article 6

It is recommended that in the course of the preparation of an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in particular by the Hague Conference on Private International

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Law, the rights of victims as set out in these Articles be taken into account.

* * *

Le *Rapporteur* souligne que la 1^{ère} Commission s'est réunie pendant deux heures et qu'elle a consulté les consœurs et confrères disponibles à contribuer à l'amélioration du texte, y compris bien sûr les membres de la Commission. Il informe également l'assemblée plénière que les membres qui avaient exprimé des opinions dissidentes par rapport au projet de résolution en matinée ont été entendus par la Commission, ce qui l'a incitée à remanier le texte sur quelques points. Le Rapporteur se félicite de l'esprit constructif qui a régné pendant cette réunion de la Commission et qui a permis de rédiger un nouveau projet de résolution plus accessible.

Le Rapporteur explique ensuite les modifications qui ont été apportées au projet de résolution. D'abord, il fait remarquer que les termes « notamment du fait que les fors normalement compétents n'offrent pas de recours disponible pour assurer la réparation » ont été ajoutés à la fin de la dernière lettre du préambule. Il souligne que cette disposition vise à rappeler l'ancrage dans le système juridictionnel des Etats, étant donné qu'il avait été suggéré qu'un repère pour la compétence universelle civile soit incorporé dans la résolution, et surtout que son caractère subsidiaire soit reconnu. Il rappelle que la compétence universelle sert à assurer une réparation lorsque celle-ci n'est pas accessible devant les fors ordinaires, que la victime doit normalement chercher les fors disponibles, par exemple, dans l'Etat du domicile du défendeur ou dans l'Etat dans lequel l'acte illicite s'est produit.

Il précise qu'une modification d'ordre linguistique a été apportée à la fin du premier paragraphe de l'article premier pour en faciliter la compréhension, soit l'ajout des termes « à la charge du ou des sujets responsables de leur préjudice ». Il informe la plénière que ce changement avait été proposé au cours de la séance matinale afin d'explicitier la présence d'un défendeur sans toutefois le définir avec précision. Il ajoute que ce défendeur peut être un Etat, une société ou un individu, quoique ce dernier cas soit plutôt rare dans la pratique. En revanche, le Rapporteur indique que le fondement de la responsabilité n'est pas évoqué dans cette disposition, rappelant qu'elle est très controversée par rapport aux sociétés.

Il présente aussi une adjonction correspondante qui a été incorporée à la fin du troisième paragraphe de l'article premier, soit l'ajout des mots « l'auteur du crime ». Il souligne que ce changement est plutôt de nature linguistique.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Le Rapporteur signale ensuite une modification importante intervenue au début de l'article 2. La version précédente de cet article débutait par les termes « Les tribunaux ont compétence », alors que cette formulation s'avérait trop affirmative pour certains membres. Soucieuse d'accommoder les sensibilités différentes des membres, la Commission a tenté de remédier à la situation en affaiblissant légèrement la force du libellé de cette disposition. Le Rapporteur indique que le passage pertinent se lit maintenant comme suit : « Un tribunal devrait ». Il précise que dans la version anglaise, l'extrait correspondant se lit « A court should exercise », ce qui devrait rendre l'ensemble du texte plus acceptable.

Le Rapporteur explique que quoique d'éventuelles modifications au troisième paragraphe du second article aient été discutées au sein de la Commission, cette dernière avait rencontré trop de difficultés pour procéder à une modification du texte, surtout à la lettre b). Il mentionne que la Commission a abordé la question de la relation existant entre l'exercice de la compétence du tribunal visé au troisième paragraphe de l'article 3 et le droit des traités, et qu'elle s'est surtout penchée sur des traités régissant l'indemnisation des victimes. Une question importante se pose à cet égard : celle de la compétence des tribunaux internes lorsque la réparation des victimes a été négociée entre Etats ou lorsqu'en vertu d'une décision d'une organisation internationale, une commission d'indemnisation a été créée et a réglé cette question. Il fait remarquer que la Commission a songé à incorporer un paragraphe dans le préambule réaffirmant le droit individuel des victimes même dans ces cas, mais qu'elle a décidé que la rédaction de ce texte s'avérait trop difficile. Par ailleurs, il considère que cette question de fond n'est pas au cœur du projet de résolution mais pourrait faire l'objet d'un projet distinct de l'*Institut*.

Il mentionne que les articles 3 et 4 de la résolution demeurent inchangés et que ces dispositions n'ont pas suscité de critiques particulières. Il indique que le texte français de l'article 5 a été modifié puisqu'on y a substitué les termes « ne doit pas » par « ne devrait pas », tandis que l'équivalent en anglais se lit « should not deprive ». Il reconnaît la présence de crochets à l'article 5 puisque la Commission estime qu'elle doit s'en remettre à la plénière quant au sort de cette disposition, qui a fait l'objet d'un vif débat au sein de la Commission. Le Rapporteur rappelle qu'elle peut être maintenue en l'état ou supprimée, jugeant qu'il serait préférable qu'elle soit discutée en plénière et fasse éventuellement l'objet d'un vote à l'*Institut*.

The *President* thanked the Rapporteur. Picking up on a proposal advanced by Mr Abi-Saab, the President suggested that the plenary assist

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

the Rapporteur by initiating a discussion on an article-by-article basis. He recalled that the plenary had already had a general discussion about the resolution on Wednesday and earlier that morning. He invited comments on the preamble.

Mrs *Arsanjani*, although she had not taken the floor during the general discussion, signalled that she had misgivings about the draft Resolution and voiced her intention not to support it. She harboured particular resistance regarding the approach espoused in the text, in that it used universal civil jurisdiction as a basis to deal with a very important topic. She stated that whilst she had no doubt that some problems could be resolved, or a forum be provided for the purposes of repairing some injuries, her main concern pertained to a cost-benefit analysis. She found serious problems with regard to the prospect of opening domestic courts to deal with these matters, while acknowledging that this course of action could also have some beneficial effects.

Mrs *Arsanjani* then focused on the notion of international crimes and their victims, opining that aggression constituted an international crime. She contended that States can be victims of international crimes, an issue that was eschewed in the draft Resolution. She wondered who would address this issue, querying whether domestic courts and judges were expected to tackle this complicated question. She lamented that the draft Resolution failed to elucidate how domestic courts seized subsequently would deal with a judgment awarding reparation from another court in the situation where the victim felt that such reparation was inadequate. She concluded by insisting that she could not support the draft Resolution beyond the contents of Article 1, paragraphs 1 and 2, but thanked the Rapporteur and Commission for their commitment and for trying to accommodate diverse viewpoints.

Mr *Ronzitti* noted a considerable improvement when comparing the current draft Resolution to its previous iteration. He took issue with the inclusion of torture in the enumeration of international crimes, recalling that torture was generally comprised in the category of crimes against humanity. However, he would not object to including torture as a discrete international crime in the draft Resolution. He opined that the revised wording of Article 1, paragraph 1, constituted a great improvement since that provision identified the responsible party, which could be a legal or natural person. Conversely, the Commission had omitted more specific references to, for example, insurgents or terrorists, observing that the question of establishing their legal personality would prove challenging.

The *Rapporteur* replied that the question could be left to the discretion of the Drafting Committee. Responding to Mrs *Arsanjani*'s reference to

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

the crime of aggression, he observed that the draft Resolution did not purport to define international crimes. The Commission had simply relied upon the broad notion already used by the *Institut*, and aggression was not mentioned in the second paragraph of the preamble.

He underscored that the draft Resolution did not address cases in which States raised claims for reparation in civil courts, opining that this was a special subject calling for more in-depth analysis. Reacting to Mrs Arsanjani's concerns over the introduction of a plurality of proceedings on reparation before different domestic courts, the Rapporteur opined that this situation did not pose any particular problems for civil lawyers, given the existence of *res judicata*, *lis pendens*, *forum non conveniens* and other mechanisms that would solve potential conflicts between judgments.

Responding to Mr Ronzitti, the Rapporteur observed that a terrorist group could not qualify as a defendant before a civil court, but rather that individuals had to be identified as defendants. He further pointed out that in the French version of Article 1, paragraph 1, Mr Ronzitti's hypothesis as to a plurality of subjects had been covered following careful drafting.

The *President* proposed that the discussion move to Article 1. He opined that the relevant limb of the English version of Article 1, paragraph 1, should be pluralized, so as to read "legal or natural persons".

M. *Torres Bernárdez* manifesta son appui pour l'article 1 et signale qu'il votera en faveur de cette disposition.

The *President* observed that Article 2 covered a complicated issue. He proposed opening the discussion on paragraph 1 of that provision. Referring to past *Institut* practice, he invited the Rapporteur to read the provision.

Le *Rapporteur* procède à la lecture de l'article 2, paragraphe 1, rappelant que le début de cette disposition a été modifié pour se lire « Un tribunal devrait ». Le Rapporteur estime que la discussion peut être ouverte sur cette disposition. Il souligne que la version précédente discutée au cours de la séance matinale avait déjà tenu compte de la plupart des observations faites à la séance de mercredi matin. Il rappelle que la version précédente de cette disposition débutait avec le membre de phrase « L'Etat doit accepter », ce qui avait paru trop affirmatif et avait été supprimé. Il précise aussi que la version du texte qui avait été présentée à la plénière mercredi matin invoquait la notion d'intérêts prépondérants, qui a été remplacée à la lettre a) par la mention « des liens plus étroits avec le litige ».

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Le Rapporteur fait remarquer que le mot « raisonnablement » qui figurait à la lettre b) de la version présentée en plénière mercredi matin, soit après les termes « recours disponible », a été supprimé. A cet égard, il relève que l'appréciation de ce mot dépend de l'origine culturelle juridique de chacun et que sa suppression a été effectuée afin de tenir compte des diverses sensibilités relativement à son emploi. Il soutient que la disposition exprime l'essentiel, et ce, sans l'ajout de ce mot.

Il explique que ce premier paragraphe pose le principe de la compétence universelle civile, principe qui intervient quand un tribunal est saisi de la demande en réparation d'une victime. Dans ce cas, il souligne que le tribunal saisi doit connaître de la demande sauf s'il existe un autre tribunal qui présente un lien de connexion plus étroit. Le Rapporteur estime que cette disposition met en exergue le caractère subsidiaire de la compétence civile universelle. Il ajoute que si le tribunal saisi décline sa propre compétence en sachant qu'il n'existe aucun autre for, la victime sera privée de son droit à réparation. Il fait observer que la lettre b) prévoit que même s'il existe dans un Etat étranger un for ayant des liens étroits avec la demande, encore faut-il que ce for connaisse un moyen de recours disponible pour cette victime et que la demande puisse être traitée. Il rappelle que ces conditions n'existent pas toujours, notamment dans les Etats dans lesquels des crimes internationaux ont été commis.

The *President* thanked the Rapporteur and queried whether the Members had any comments.

Mr *Bogdan* expressed his full support for the Resolution as a whole. As for this provision specifically, he nevertheless raised a question concerning the interpretation of the "remedies available". He noted that, in general, the amount of compensation could vary significantly from one country to another, and wondered whether that would disclaim the last remedy. He opined that the fact that one could get more somewhere else did not make the remedy ineffective.

M. *Pellet* affirme être en principe en accord avec ce paragraphe. Il est toutefois troublé par le « ou » liant les lettres a) et b), qui rend l'articulation obscure. Il comprendrait mieux la logique de la disposition si un « et » était utilisé : pour qu'un tribunal ait compétence, il faut qu'aucun autre Etat n'ait de liens plus étroits avec le litige, et si c'est tout de même le cas, qu'il n'existe aucun moyen de recours disponible pour les victimes.

The *President* believed Mr Pellet raised a pertinent point, and invited the Rapporteur to react.

Le *Rapporteur* considère ce point comme vraiment délicat, le « ou » pouvant parfois, en langue française, couvrir le « et ». Dans certains cas

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

en effet, le « et » serait plus approprié, si un Etat a un lien plus étroit et que la condition posée par la lettre a) s'applique. Mais si cette première condition ne s'applique pas, il n'est nul besoin de prendre en compte la condition posée à la lettre b) de manière cumulative. Le « ou » conviendrait donc. Il s'exprime cependant avec réserve, car il reconnaît que, le français n'étant pas sa langue maternelle, il n'a peut-être pas la même sensibilité que ses collègues francophones.

Mr *Wolfrum* approved the changes made to the text, even though he preferred the version of Article 2, paragraph 1, as proposed in the amendment by his *consoeur* and *confrères*. With regard to the “or”/“and” controversy, he declared that he was not going to compete with his *confrère*, Mr Pellet, on the formulation of the French text. He referred to the question of the definition of “available remedies”, asking for clarification in that regard.

The *Rapporteur* recalled that this point had already been raised on Wednesday, but thanked Mr Wolfrum for raising it again since it had not been fully clarified. He recognized that, as a private international law specialist, he could not compare this situation with the one in front of international courts and tribunals. But as far as civil courts were concerned, he observed that in most cases there was no difficulty at all. When a crime against humanity had been committed in States such as Serbia, Nigeria or Libya, it was easy to conclude that there was no available remedy there.

Mme *Bastid-Burdeau* souhaite répondre à Mr Wolfrum, faisant remarquer que l'hypothèse en question est celle d'une action civile. Il revient donc au défendeur de démontrer qu'il existe des moyens juridictionnels disponibles pour la victime, et au juge de trancher en fonction des arguments qui lui sont présentés. La situation est donc fort différente de celle devant laquelle se trouve un tribunal international.

M. *Pellet* exprime au Président et au Rapporteur ses regrets de devoir insister sur ce point, mais il considère définitivement que le « et » s'impose dans ce premier paragraphe. En outre, il affirme que la disposition serait plus compréhensible s'il était simplement prévu que les victimes n'aient pas eu recours aux tribunaux d'un Etat ayant des liens plus importants avec le litige. Selon lui, il n'est ici question que de litispendance, qui seule pourrait faire obstacle à la compétence universelle, et non d'existence d'un autre for.

Le *Rapporteur* se dit en accord avec le premier point soulevé par M. Pellet, mais, quant au second, il estime que cette idée sort du cadre de la disposition existante, et qu'il est impossible d'improviser la rédaction d'une nouvelle règle en séance plénière. Les hypothèses prévues aux

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

lettres a) et b) ont leur sens telles qu'elles sont rédigées : le juge ne peut être obligé de se reconnaître compétent s'il existe ailleurs une autre juridiction disponible, telle que déterminée à la lettre a) complété par la lettre b). C'est donc bien d'une question d'existence d'un for présentant un lien plus étroit avec le litige dont il est question.

Il rejoint en outre M. Bogdan quant à la question de la prescription, qui peut en effet jouer un rôle. Mais il rappelle que certains crimes sont imprescriptibles et que, dans ce cas, rien ne peut s'opposer à la réparation ; la compétence du for lorsqu'il s'agit de crimes internationaux doit être défendue avec force.

The *President* invited the Members to move forward to Article 2, paragraph 2.

Le *Rapporteur* procède à la lecture du paragraphe qui précise la notion de « recours disponible » par trois éléments : les liens plus étroits que le tribunal entretient avec le litige, le fait que le procès soit équitable, et, enfin, que le recours soit susceptible de conduire à une réparation appropriée et effective. Ce troisième élément de précision pourrait couvrir la question de la prescription, ainsi que les difficultés d'exécution des décisions.

The *President* took note of the fact that no Members had any comments or questions, and called upon the *Rapporteur* to read paragraph 3.

Le *Rapporteur* procède à la lecture de l'article 2, paragraphe 3. Il explique que cette disposition vise l'hypothèse d'un tribunal saisi en vertu de la compétence déterminée au paragraphe 1. Il note qu'elle s'inspire des systèmes anglo-saxons, où le juge peut décliner sa compétence pour renvoyer l'affaire à une autre autorité. La lettre a) évoque la compétence de la CPI, mais couvre les recours devant les juridictions de protection des droits de l'homme pouvant statuer sur la demande de réparation des victimes. La lettre b) renvoie dans la même hypothèse, aux réparations accordées par une commission de conciliation ou d'indemnisation, selon la suggestion formulée par M. Ronzitti. Enfin, la lettre c) prend en compte le cas d'une litispendance entre différentes juridictions nationales. Le *Rapporteur* admet que cette disposition a été bien reçue par les membres de la Commission.

Mr *Wolfrum* expressed his gratitude to the *Rapporteur* for his explanation, but still wanted to underscore two problems relating to the word "may" appearing in the first line of paragraph 3. As far as clause b) was concerned, he observed that this term gave the national judge a discretionary power to decline his jurisdiction. He believed that the project should, as a matter of principle, prevent this overlapping of jurisdictions. Therefore, in this respect, he would have preferred the word

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

“may” to be replaced by “should”. Coming to his second point, regarding clause c), Mr Wolfrum recalled that this limb made reference to paragraph 1, where “should” was used. Thus, to his mind, clause c) should not be connected with “may” either. Another solution would be to delete this entire provision.

The *Rapporteur* recognized the relevance of the question. But to his mind, “may” was used in relation to the *lis pendens* situation, and covered the judge’s discretionary power to decline his jurisdiction. He recognized a certain parallel with paragraph 1 where “should” was used instead of “may”. In the French version, the judge “*devrait décliner sa compétence*”. Il conclut donc que le texte n’est pas parfait car les hypothèses des lettres a), b) et c) ne sont pas tout à fait uniformes, mais que cette version demeure acceptable. Un amendement portant exclusivement sur un mot pourrait, en tout état de cause, être fait en séance plénière.

M. *Pellet* considère que l’utilisation du terme « devrait » est un progrès indéniable. Il évoque, par contre, quatre problèmes. Premièrement, la fin de la lettre c) devrait selon lui renvoyer au paragraphe 2, puisqu’il s’agit d’une définition des « recours disponibles ». Deuxièmement, il remarque que la lettre a) de ce troisième paragraphe mentionne la CPI et se demande pourquoi il ne renvoie pas aux juridictions qui pourraient se prononcer sur des demandes en protection diplomatique comme par exemple la CIJ. Troisièmement, il ne comprend pas pourquoi la lettre c) limite encore la compétence universelle en mentionnant qu’une juridiction devrait décliner sa compétence au cas où un Etat aurait des liens plus étroits avec le litige. Si la juridiction saisie est prête à exercer sa compétence, peu importe qu’il existe une autre juridiction plus étroitement liée, dès lors qu’il n’y a pas de litispendance.

M. *Audit* réagit à l’objection de M. Wolfrum, et considère en effet que, dans certains cas, si un tribunal est compétent au sens du premier paragraphe et qu’une demande a été portée devant une autre juridiction – hypothèse du paragraphe 3 – alors ce tribunal doit décliner sa compétence. Mais il imagine également le cas dans lequel des victimes de nationalités différentes saisiraient des tribunaux d’Etats différents, chacun ayant des liens étroits avec le litige et suggère que la résolution aborde cette question ; autrement aucun tribunal saisi n’aurait le devoir de se dessaisir et les mêmes crimes feraient l’objet de demande de réparations différentes et de décisions potentiellement incompatibles.

Mr *Bogdan* defended the view that the word “may” should be preserved, underlining that sometimes the court of another State having

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

stronger connection could only provide partial remedies. In that case, the victim should be able to bring the claim before another tribunal.

Le *Rapporteur*, répondant à la quatrième remarque de M. Pellet, qui envisageait l'hypothèse où la réparation obtenue serait insuffisante, rappelle que la présente résolution a trait à la compétence des tribunaux, et non au contenu de leurs décisions. Quoiqu'il en soit, s'il est manifeste que le jugement est insatisfaisant, le Rapporteur est convaincu qu'il ne sera pas reconnu par les tribunaux étrangers car considéré comme contraire à leur ordre public. Il estime qu'il serait délicat d'aller plus loin sans sortir du cadre de la résolution.

Quant à la remarque de M. Audit, concernant le cas des demandes de victimes de nationalités différentes dans des Etats différents, il observe que la question n'est pas abordée par la résolution parce que celle-ci s'en tient à l'énoncé des grands principes, sans aller vers autant de spécificité. Quant au point soulevé par M. Pellet relativement au paragraphe 3 lettre a), le Rapporteur admet que tout autre tribunal pourrait être ajouté en sus de la CPI, mais qu'un tel ajout ne s'impose pas.

Répondant enfin à la première remarque de M. Pellet au sujet de la lettre c), le Rapporteur affirme que la référence au paragraphe 1 et non au paragraphe 2 est correcte car ce dernier ne porte qu'une pure définition d'une notion qui figure dans le premier. Deuxièmement, il rappelle qu'il y a là une référence non seulement à la notion de recours disponible définie au paragraphe 2, mais aussi à celle des liens les plus étroits, qui ne figure qu'au premier. Enfin, le Rapporteur rappelle qu'un tribunal saisi ne peut décliner sa compétence universelle que si et seulement si les conditions du paragraphe 1 sont réalisées, ce qui confirme le caractère subsidiaire de ces règles et empêche de suivre la proposition de M. Wolfrum de supprimer cette lettre c).

Mr *Reisman* shared some uncertainty about paragraph 3. Recalling the text, he wanted to make sure that he had a proper understanding of it. He wondered indeed whether the expression "may decide to decline" was used as a way of putting on the same plane international and national jurisdictions because the provision invited national courts to decline jurisdiction when an international court was competent to hear the case.

The *Rapporteur* replied that civil courts should not exercise their jurisdiction if the claim had already been brought before an international court or another dispute settlement authority established under international law, and this only regarded domestic courts, not the jurisdiction of international courts and tribunals. Moreover, the Rapporteur acknowledged that there was indeed an unresolved problem relating to the word "may", which could be replaced by a "should".

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Mr *Reisman* voiced that he was not suggesting that Paragraph 3 was encouraging to pursue on a national level after remedies had been provided in international law. Using the expression “equalization of international and national courts”, he meant to stress that national courts should only be used to fill the lacuna when the international system had failed.

The *Rapporteur* underlined that, contrary to what had just been said, no parallel proceedings should take place. He acknowledged that the Commission used “may” instead of “should”, but insisted that the provision left room for national court flexibility. Anyway, he thought that the epistemological aspect of the concept of “equalization” developed by Mr *Reisman* was too wide for this project.

Mr *Ronzitti* reverted to a point that had already been raised, relating to the reference to the ICC. He underlined that this Court had not been fully effective. He recalled that the Court depended upon the cooperation of States. As a consequence, he expressed the view that the provision discussed should end after “international tribunal”, including in this way every international court, without mentioning the ICC.

Mr *Symeonides* specified that he was not a member of the Commission, but that he supported the Resolution so far. He listened to the points raised by Messrs *Wolfrum* and *Reisman* and recognized their validity. He proposed, as a compromise solution, to delete paragraph 3, letter (c), since the idea already appeared in paragraph 1. He added that “may” should be changed to “should” or “shall”, following Mr *Reisman*'s proposal. He also commended Mr *Ronzitti*'s suggestion, thinking that “international tribunal” should be used without providing any example.

The *Rapporteur* noted that it was important to mention the ICC which was the only specialized international court having jurisdiction over reparation claims of the victims of international crimes, even if the reparation mechanism at the ICC was not a great success.

As to Mr *Symeonides*' point, he advocated that it would be extremely regretful to delete paragraph 3, letter (c), because the Resolution would no longer deal with *forum non conveniens* under American law, which he believed to be an extremely important point. Indeed, he explained that US and Canadian practice relied frequently on that principle. He admitted that it should not apply in all cases, but called attention to the fact that suppressing this provision in favour of paragraph 1 would not be correct. He explained that an American judge would not understand it since *forum non conveniens* was a matter of procedure and not of jurisdiction such as expressed in paragraph 1.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Mr *Pocar* listened with attention to the debate relating to paragraph 3 letter (c). Even if he could have supported the text as it stood, he remarked that some situations of *lis pendens* were not covered. He remarked that, as paragraph 1 was encouraging national courts to exercise universal jurisdiction, paragraph 3 then allowed them to decline or suspend jurisdiction in certain cases. He wondered then whether a court exercising correctly his jurisdiction should seize the invitation to suspend, or continue the case.

The *President* observed that the majority of Members seemed to support the view that the term “may” in the English text could be changed to “should”, whereas the French equivalent could be changed from “peut” to “devrait”.

The *Rapporteur* indicated that he did not oppose these proposals.

The *President* referred to the proposal voiced by Mr Pellet to add the International Court of Justice alongside the International Criminal Court at Article 3.

The *Rapporteur* confessed that he had difficulty understanding the proposal given that the individual victim of an international crime would not have access to the ICJ.

M. *Pellet* fait observer qu’une telle victime aurait accès à la CIJ par le biais de la protection diplomatique. Il ajoute que la CIJ pourrait connaître d’une affaire requérant qu’elle se prononce sur la question de l’indemnisation.

The *Rapporteur* recognized that this was true in a broader sense but emphasized that what happened in such cases, such as in the *Diallo* decision, remained at the inter-State level. In that specific case, he recalled that one State was ordered to compensate the other. He opined that such types of jurisdictional scenarios were not captured by the provision under discussion.

Mr *Reisman* recalled that Mr Symeonides had suggested that Article 2, paragraph 3, be treated separately. He cautioned that if the verb “may decide to decline” was changed to “should decline” or “shall decline”, this would have had the effect of altering the meaning of letter (c), which appeared to enshrine a discretionary power pertaining to *lis pendens*. He stated that the restructuring of that provision needed to be more ambitious than the suppression or modification of a single word.

The *Rapporteur* declared that this approach would have made the provision extremely complicated: it would have been divided into two parts, with a recurring chapeau. He lamented that the proposal was made orally at a late stage, as it should have been submitted in writing. With

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

respect to the substance of the proposal, the Rapporteur did not construe the proposed change as important. He accepted that the words “may” and “peut” in both versions of Article paragraph 3 be changed to “should” and “devrait”, respectively. He concluded that these changes were sufficient to facilitate the overall understanding of the provision.

The *President* observed that even though the proposal advanced by Mr Symeonides might have been complicated, it should have been implemented if necessary to improve the provision. He added that lack of time did not justify not finalizing the provision in a satisfactory manner.

Mr *Symeonides* pointed out that he was trying to assist the Rapporteur. He understood that the intention behind clause (c) was to retain discretion, which prompted him to suggest the earlier deletion rather than redrafting the provision. He then took issue with the Rapporteur’s conclusion that his proposed course of action would have resulted in the suppression of the *forum non conveniens* doctrine from the provision. He submitted that the wording of clause (c) did not differ from the *forum non conveniens* doctrine, as properly applied, in particular because it referred to available remedies without going to the sufficiency of remedies. He opined that retaining that provision would have not improved the situation. He expressed his intention not to complicate matters or prolong the discussion, and withdrew his proposal.

The *President* declared that the plenary session had to be suspended and confirmed that the plenary would convene again the next morning until noon. He recalled that the plenary had some administrative matters to discuss in addition to finalizing the work of the 1st Commission.

La séance est levée à 18 h 00.

10^{ème} séance plénière

Dimanche 30 août 2015 (matin)

La séance est ouverte à 9 h 15 sous la présidence de *M. Müllerson*.

The *President* invited the Plenary to continue the discussion on the draft Resolution Article by Article. He gave the floor to the Rapporteur for clarifications on Article 3.

Le *Rapporteur* indique qu’il n’a pas de commentaires spécifiques ou additionnels sur l’article 3 du projet de résolution. Il souligne que la Commission propose de conserver l’article 3 dans sa formulation originelle. Il explique que seul le mot « devrait » (« *should* ») a été incorporé pour remplacer le mot « doit » (« *shall* »).

Le *Président* constate qu’aucun membre ne souhaite faire de commentaires sur l’article 3. Il invite le Rapporteur à donner des précisions sur l’article 4 du projet de résolution.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Le *Rapporteur* indique que l'article 4 n'a pas fait l'objet de modifications. Il souligne que l'expression « groupes de victimes » reflète l'approche dominante en droit international privé et en droit commercial.

Le *Président* constate qu'aucun membre ne souhaite faire de commentaires sur l'article 4. Il invite le Rapporteur à apporter des précisions sur l'article 5 du projet de résolution.

Le *Rapporteur* précise que l'article 5 est entre crochets car la Commission estime que c'est à l'Institut de prendre une décision à l'égard de cette disposition. Il indique également que le terme « doit » (« *shall* ») a été remplacé par « devrait » (« *should* »). Il souligne que l'article 5 ne fait plus référence à l'immunité « de l'Etat » mais à l'immunité « des Etats ».

De manière générale, il tient à préciser que la pratique de plusieurs Etats (Canada, Etats-Unis, Italie, Suisse) démontre l'existence de nouvelles tendances en matière d'immunité de l'Etat et que celles-ci se démarquent de l'approche de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Il considère que l'Institut doit mettre en avant le droit des victimes. Il suggère au Président de procéder à un vote sur l'article 5.

Le *Président* donne la parole à M. Giardina.

M. *Giardina* tient à féliciter M. Bucher pour son Rapport et son excellent travail. Il indique qu'il est favorable aux articles 3 et 4 du projet. Il suggère également d'éliminer les crochets dans l'article 5. Il estime que la formulation de l'article 5 au conditionnel (« devrait ») est raisonnable et équilibrée. Il est d'avis que l'article 5 reflète l'évolution actuelle de la pratique internationale. Il estime que ce serait dommage que l'article 5 ne soit pas conservé dans le projet de résolution.

M. *El-Kosheri* partage le point de vue de M. Giardina et considère que les crochets doivent être éliminés.

Mr *Cançado Trindade* supported draft Article 5 – whereby State immunity should not deprive victims of their right to reparation, – as it stood, without square brackets, for the reasons he had already explained in his previous interventions in the course of the deliberations on the present subject-matter, as well as in his writings.

M. *Caflisch* considère qu'une résolution sans disposition sur l'immunité est inimaginable. Il est favorable à ce que les crochets soient éliminés. Il est également favorable à la formulation au conditionnel de l'article 5. Il précise que l'immunité de l'Etat s'est rétrécie depuis un demi-siècle.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

M. *Torres Bernárdez* est favorable au maintien de l'article 5 dans sa formulation actuelle. Il note que l'immunité de l'Etat n'est pas absolue et rejoint les propos de M. Giardina à cet égard.

M. *Bogdan* est favorable au maintien de l'article 5 dans le projet de résolution. Il partage le point de vue de ses confrères quant à l'élimination des crochets.

M. *Mahiou* est aussi en faveur de la suppression des crochets. Il souligne que la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et leurs biens (2004), même si elle n'est pas encore entrée en vigueur, démontre que l'immunité absolue n'existe pas. Il est prêt à accepter le texte dans sa formulation actuelle même s'il a une préférence pour une formulation plus affirmative (« doit »).

Mr *Ronzitti* disagreed with Members who suggested to eliminate the square brackets. He considered that Article 5 did not reflect the complex aspects that characterize State immunity and exceptions to State immunity. He indicated that it was not possible to solve the issue at the present Session. He suggested to take more time for reflection.

Mr *Abi-Saab* disagreed with Mr *Ronzitti's* suggestion. He did not see why the decision on Article 5 should be deferred. He considered that there should simply be a vote on Article 5.

The *President* had the impression that the majority of the Members were in favour of keeping Article 5 and eliminating the square brackets. He gave the floor to the Rapporteur.

Le *Rapporteur* partage le point de vue du Président. Il remercie les membres qui sont en faveur du maintien de l'article 5. Il comprend également les préoccupations de M. *Ronzitti*. Toutefois, il estime que malgré la complexité de la question, l'Institut se doit de prendre position. Il rappelle que le paragraphe 94 de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* reconnaît le droit à la réparation (« *right to reparation* »). Il précise que l'Institut n'invente rien à ce niveau.

The *President* thanked the Rapporteur and asked him to give clarifications about draft Article 6.

The *Rapporteur* said that there was no amendment proposed to Article 6. The provision simply included a suggestion for States to negotiate an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters that would take full account of the rights of victims.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

The *President* considered that the discussion Article by Article of the draft Resolution could come to an end. He invited the *Rapporteur* to make general comments on the preamble.

The *Rapporteur* explained that there was no change in the preamble. He underlined that only the fifth preambular paragraph had been slightly modified by adding “in particular because the courts ordinarily having jurisdiction do not provide for an appropriate remedy”.

The *President* invited Members to comment.

Mr *Rao* congratulated the Commission for its excellent work. He indicated that he agreed with the core idea of the draft Resolution according to which victims of international crimes should have a right to reparation. However, he considered that there were complex epistemological issues, such as forum shopping and conflict of jurisdictions, that were not properly addressed within the frame of the draft Resolution. For these reasons he opposed submitting the Resolution to a vote during the present Session.

Mr *Abi-Saab* stressed that the general discussion on the draft Resolution was over and invited his *confrères* and *consoeurs* not to reopen it. He explained that what the *Institut* was dealing with in the context of the draft Resolution was the issue of absence of forum and not forum shopping as such.

The *President* thanked the Members and suggested voting on the draft Resolution, Article by Article.

Mrs *Arsanjani* suggested to vote paragraph by paragraph, in particular for Article 1.

The *President* agreed with Mrs *Arsanjani*'s suggestion. He invited Members to vote on draft Article 1, paragraph by paragraph.

Le *Secrétaire général* annonce que les résultats du vote à main levée sont les suivants :

Article 1, paragraphe 1 : 28 voix pour, 0 voix contre et 0 abstention.

Article 1, paragraphe 2 : 25 voix pour, 0 voix contre et 4 abstentions.

Article 1, paragraphe 3 : 25 voix pour, 2 voix contre et 2 abstentions.

The *President* invited Members to vote on Article 2, paragraph by paragraph.

Le *Secrétaire général* annonce que les résultats du vote à main levée sont les suivants :

Article 2, paragraphe 1 : 18 voix pour, 7 voix contre et 3 abstentions.

Article 2, paragraphe 2 : 20 voix pour, 3 voix contre et 5 abstentions.

Article 2, paragraphe 3 : 16 voix pour, 6 voix contre et 6 abstentions.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Article 3 : 23 voix pour, 2 contre et 2 abstentions.

Article 4 : 21 voix pour, 0 contre et 6 abstentions.

Article 5 : 17 voix pour, 4 contre et 6 abstentions.

Article 6 : 25 voix pour, 0 contre et 3 abstentions.

The *President* thanked the Members. He gave the floor to Mr Kohen.

M. *Kohen* propose de revenir sur l'amendement à l'article 2 paragraphe 3, proposé par Mme Bastid-Burdeau et MM. Sicilianos et d'Argent, et de procéder au vote. L'amendement se lit comme suit : « De même, tout tribunal saisi de demandes en réparation des victimes devrait décliner sa compétence lorsque les préjudices subis par les victimes ont fait l'objet d'un accord indemnitaire, pourvu que cet accord ait adéquatement pris en compte leurs intérêts en fonction de toutes les circonstances existant au moment de sa conclusion, et qu'il soit entré en vigueur ».

Le *Rapporteur* indique que l'article 2 a déjà été adopté et qu'il ne serait donc pas approprié de voter sur un amendement. Par ailleurs, il précise que la Commission, qui a tenu compte de la position des auteurs de l'amendement, n'a pas jugé utile d'intégrer l'amendement en question au projet de résolution.

M. *Kohen* insiste sur la nécessité de procéder à un vote pour déterminer si les membres sont en faveur ou non de voter sur l'amendement. Il indique qu'il n'a pas l'intention d'ouvrir à nouveau le débat sur l'article 2.

The *President* asked Mr Kohen to explain why he had not raised the issue of the amendment before the vote on draft Article 2.

M. *Kohen* explique que la procédure de vote a été rapide à un tel point qu'il n'a pas pu soulever la question de l'amendement plus tôt.

Le *Rapporteur* précise qu'il a bien lu chaque article de la résolution, paragraphe par paragraphe lors de la discussion article par article du projet de résolution.

Le *Secrétaire général* indique qu'il n'est pas possible d'amender un article, une fois qu'il y a eu un vote sur ledit article.

Mr *Reisman* said that he had serious reservations about the draft Resolution. He underlined that the discussion showed that there was a consensus to modify article 2, paragraph 3. For instance, he indicated that it was proposed to replace "may" by "should" or "shall".

M. *Ranjeva* explique les raisons pour lesquelles il refuse de participer au vote. Il a des doutes sérieux sur le projet de résolution car ce dernier

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

manque de réalisme. Il estime qu'un vote n'est pas approprié en l'absence de la grande majorité des membres de l'Institut.

Mrs *Arsanjani* asked if there was a rule of the *Institut* on quorums.

Le *Secrétaire général* précise qu'il n'y a pas de quorum. Il indique que par le passé certaines résolutions de l'Institut ont été adoptées avec un nombre limité de membres présents.

The *Rapporteur* said that there was no consensus on the need to modify Article 2, paragraph 3. There was simply a debate and nothing more. He indicated that Mr Symeonides himself acknowledged that moving paragraph 3 would create confusion in the Resolution. He urged the Members not to reopen the debate.

Le *Secrétaire général* lit l'article 40 du Règlement de l'Institut :

“Article 40

1. There is no obligation to take part in a vote. If some of those present abstain, the decision shall be taken by majority of those voting.
2. If the votes are equally divided, the proposal shall be deemed to be rejected.”

The *President* indicated that in principle he would be in favour of a vote of the amendment. However, there was only a French version of the amendment and no English version was available. Accordingly, he decided not to follow Mr Kohen's suggestion to vote on the amendment. He invited Members to vote on the preamble of the draft resolution.

Le *Secrétaire général* annonce que les résultats du vote à main levée sont les suivants : 21 voix pour, 2 voix contre et 4 abstentions.

The *President* gave the floor to Mr Pellet.

M. *Pellet* se joint aux préoccupations de M. Ranjeva. Il estime qu'il y a d'importantes réserves sur la résolution et qu'un vote ne se justifie pas dans les présentes circonstances. Il estime qu'il est difficile d'adopter une résolution sur un sujet aussi important en l'absence de la majorité des membres.

The *President* considered that only a vote could settle the debate about the draft Resolution.

Mr *Reisman* underlined that Mr Pellet's concern was due to the very limited number of Members who were present.

Mr *Bogdan* considered that since no quorum was required, the vote on the draft Resolution could take place.

The *President* invited the Members to vote on the draft Resolution as a whole.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Le *Secrétaire général* annonce que les résultats du vote à main levée sont les suivants : 12 voix pour, 9 voix contre et 8 abstentions.

The *President* declared that the Resolution was adopted. He then queried whether the Drafting Committee would be ready to review the draft Resolution.

Mr *Gaja* indicated that Sir Kenneth Keith as Honorary Member of the Drafting Committee would take part in it and replace Mr Kirsch.

RESOLUTION

L'Institut de droit international,

Conscient que la réparation du préjudice subi par les victimes de crimes internationaux doit être assurée de manière appropriée et effective ;

Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves en droit international tels que le génocide, la torture et les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ;

Rappelant que la compétence universelle pénale est un moyen de prévenir ces crimes et de mettre fin à leur impunité, tel qu'affirmé dans la résolution de Cracovie de 2005 sur « la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre »;

Notant que la poursuite des auteurs de crimes internationaux et leur punition n'offrent qu'une satisfaction partielle aux victimes ;

Considérant que la compétence universelle civile est un moyen d'éviter que les victimes de crimes internationaux soient privées de la réparation du préjudice subi, notamment du fait que les fors normalement compétents n'offrent pas de recours disponible pour assurer la réparation ;

Adopte la résolution suivante :

Article 1

1. Les victimes de crimes internationaux ont droit à une réparation appropriée et effective à la charge du ou des sujets responsables de leur préjudice.
2. Elles ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation.
3. Ces droits ne dépendent pas d'une condamnation pénale de l'auteur du crime.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

Article 2

1. Un tribunal devrait exercer sa compétence pour connaître des demandes en réparation des victimes à condition que :

- a) aucun autre Etat n'ait des liens plus étroits avec le litige, eu égard aux liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'aux faits et circonstances pertinents ; ou
- b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels liens, aucun d'eux ne connaisse un moyen de recours disponible pour les victimes.

2. Aux fins du paragraphe 1 lettre b), les tribunaux sont considérés comme offrant un recours disponible s'ils sont compétents pour connaître de la demande et en mesure de mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*) et susceptible de conduire à une réparation appropriée et effective.

3. Le tribunal saisi de demandes en réparation des victimes devrait décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant

- a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
- b) une autorité de conciliation ou d'indemnisation établie en vertu du droit international ; ou
- c) un tribunal d'un autre Etat ayant des liens plus étroits et connaissant un moyen de recours disponible au sens des paragraphes précédents.

Article 3

Les Etats devraient veiller à ce que les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants soient limités autant que possible lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

Article 4

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation.

Article 5

L'immunité des Etats ne devrait pas priver les victimes de leur droit à réparation.

Article 6

Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, en particulier au sein de la Conférence de La Haye de droit

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

international privé, le droit des victimes au sens des articles qui précèdent soit pris en compte.

RESOLUTION

The Institute of International Law,

Conscious that appropriate and effective reparation has to be provided for the harm suffered by the victims of international crimes;

Considering that “international crimes” means serious crimes under international law such as genocide, torture and other crimes against humanity, and war crimes;

Recalling that universal criminal jurisdiction is a means of preventing the commission of such crimes and to avoid their impunity, as affirmed in the 2005 Krakow Resolution on “universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”;

Noting that the prosecution of the authors of international crimes and their punishment provides only a partial satisfaction to the victims;

Considering that universal civil jurisdiction is a means of avoiding the deprivation of the victims of international crimes to obtain reparation of the harm suffered, in particular because the courts ordinarily having jurisdiction do not provide for an appropriate remedy;

Adopts the following Resolution:

Article 1

1. Victims of international crimes have a right to appropriate and effective reparation from persons liable for the injury.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.
3. These rights do not depend on any criminal conviction of the author of the crime.

Article 2

1. A court should exercise jurisdiction over claims for reparation by victims provided that:
 - a) no other State has stronger connections with the claim, taking into account the connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or
 - b) even though one or more other States have such stronger connections, such victims do not have available remedies in the courts of any such other State.
2. For the purposes of paragraph 1(b), courts shall be considered to provide an available remedy if they have jurisdiction and if they are

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

capable of dealing with the claim in compliance with the requirements of due process and of providing remedies that afford appropriate and effective redress.

3. The court where claims for relief by victims have been brought should decline to entertain the claims or suspend the proceedings, in view of the circumstances, when the victims' claims have also been brought before:

- a) an international jurisdiction, such as the International Criminal Court;
- b) an authority for conciliation or indemnification established under international law; or
- c) the court of another State having stronger connections and available remedies within the meaning of the foregoing paragraphs.

Article 3

States should see that the legal and financial obstacles facing victims and their representatives are kept to a minimum in the course of procedures relating to claims for reparation.

Article 4

States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims to present claims for reparation.

Article 5

The immunity of States should not deprive victims of their right to reparation.

Article 6

It is recommended that in the course of the preparation of an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in particular by the Hague Conference on Private International Law, the rights of victims as set out in these Articles be taken into account.

Le *Secrétaire général* procède au vote de l'ensemble de la résolution par appel nominal.

Le résultat du vote est le suivant :

Pour : M. Abi-Saab, Mme Bastid-Burdeau, MM. Bogdan, Bucher, Cançado-Trindade, El-Kosheri, Giardina, Mahiou, Mezghani, Müllerson, Torres-Bernárdez, Treves et Verhoeven.

Contre : MM. Collins, d'Argent, Sir Kenneth Keith, Nolte, Pellet et Ranjeva.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Se sont abstenus : M. Caflisch, Mme Damrosch, MM. Gaja, Iwasawa, Kohen, Mme Pinto, MM. Rao et Schrijver.

La résolution est adoptée par 13 voix pour, 6 voix contre et 8 abstentions.

The *President* thanked the Rapporteur and the other Members for their contribution to the adoption of the Resolution.

La séance est levée à 11 h 55.

III. RESOLUTION

PREMIÈRE COMMISSION

La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux

Rapporteur : M. Andreas Bucher

RESOLUTION

L'Institut de droit international,

Conscient que la réparation du préjudice subi par les victimes de crimes internationaux doit être assurée de manière appropriée et effective ;

Considérant que l'expression « crimes internationaux » s'entend des crimes graves en droit international tels que le génocide, la torture et les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ;

Rappelant que la compétence universelle pénale est un moyen de prévenir ces crimes et de mettre fin à leur impunité, tel qu'affirmé dans la résolution de Cracovie de 2005 sur « la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre »;

Notant que la poursuite des auteurs de crimes internationaux et leur punition n'offrent qu'une satisfaction partielle aux victimes ;

Considérant que la compétence universelle civile est un moyen d'éviter que les victimes de crimes internationaux soient privées de la réparation du préjudice subi, notamment du fait que les fors normalement compétents n'offrent pas de recours disponible pour assurer la réparation ;

Adopte la résolution suivante :

Article 1

1. Les victimes de crimes internationaux ont droit à une réparation appropriée et effective à la charge du ou des sujets responsables de leur préjudice.
2. Elles ont droit à un accès effectif à la justice afin de demander réparation.
3. Ces droits ne dépendent pas d'une condamnation pénale de l'auteur du crime.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

Article 2

1. Un tribunal devrait exercer sa compétence pour connaître des demandes en réparation des victimes à condition que :

- a) aucun autre Etat n'ait des liens plus étroits avec le litige, eu égard aux liens avec les victimes et les défendeurs ainsi qu'aux faits et circonstances pertinents ; ou
- b) dans le cas où un ou plusieurs autres Etats ont de tels liens, aucun d'eux ne connaisse un moyen de recours disponible pour les victimes.

2. Aux fins du paragraphe 1 b), les tribunaux sont considérés comme offrant un recours disponible s'ils sont compétents pour connaître de la demande et en mesure de mener une procédure répondant aux exigences d'un procès équitable (*due process*) et susceptible de conduire à une réparation appropriée et effective.

3. Le tribunal saisi de demandes en réparation des victimes devrait décliner sa compétence ou surseoir à statuer, compte tenu des circonstances, lorsque les demandes des victimes ont été portées devant :

- a) une juridiction internationale, telle la Cour pénale internationale ;
- b) une autorité de conciliation ou d'indemnisation établie en vertu du droit international ; ou
- c) un tribunal d'un autre Etat ayant des liens plus étroits et connaissant un moyen de recours disponible au sens des paragraphes précédents.

Article 3

Les Etats devraient veiller à ce que les obstacles juridiques et financiers rencontrés par les victimes et leurs représentants soient limités autant que possible lors de procédures relatives aux demandes de réparation.

Article 4

Les Etats devraient s'efforcer de mettre en place des procédures permettant à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation.

Article 5

L'immunité des Etats ne devrait pas priver les victimes de leur droit à réparation.

Article 6

Il est recommandé que lors de l'élaboration d'un instrument relatif à la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, en particulier au sein de la Conférence de La Haye de droit

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL - SESSION DE TALLINN (2015)

international privé, le droit des victimes au sens des articles qui précèdent soit pris en compte.

* * *

FIRST COMMISSION

*Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation
for International Crimes*

Rapporteur : M. Andreas Bucher

RESOLUTION

The Institute of International Law,

Conscious that appropriate and effective reparation has to be provided for the harm suffered by the victims of international crimes;

Considering that “international crimes” means serious crimes under international law such as genocide, torture and other crimes against humanity, and war crimes;

Recalling that universal criminal jurisdiction is a means of preventing the commission of such crimes and to avoid their impunity, as affirmed in the 2005 Krakow Resolution on “universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes”;

Noting that the prosecution of the authors of international crimes and their punishment provides only a partial satisfaction to the victims;

Considering that universal civil jurisdiction is a means of avoiding the deprivation of the victims of international crimes to obtain reparation of the harm suffered, in particular because the courts ordinarily having jurisdiction do not provide for an appropriate remedy;

Adopts the following Resolution:

Article 1

1. Victims of international crimes have a right to appropriate and effective reparation from persons liable for the injury.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.
3. These rights do not depend on any criminal conviction of the author of the crime.

Article 2

1. A court should exercise jurisdiction over claims for reparation by victims provided that:

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW - SESSION OF TALLINN (2015)

- a) no other State has stronger connections with the claim, taking into account the connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or
 - b) even though one or more other States have such stronger connections, such victims do not have available remedies in the courts of any such other State.
2. For the purposes of paragraph 1(b), courts shall be considered to provide an available remedy if they have jurisdiction and if they are capable of dealing with the claim in compliance with the requirements of due process and of providing remedies that afford appropriate and effective redress.
3. The court where claims for relief by victims have been brought should decline to entertain the claims or suspend the proceedings, in view of the circumstances, when the victims' claims have also been brought before:
- a) an international jurisdiction, such as the International Criminal Court;
 - b) an authority for conciliation or indemnification established under international law; or
 - c) the court of another State having stronger connections and available remedies within the meaning of the foregoing paragraphs.

Article 3

States should see that the legal and financial obstacles facing victims and their representatives are kept to a minimum in the course of procedures relating to claims for reparation.

Article 4

States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims to present claims for reparation.

Article 5

The immunity of States should not deprive victims of their right to reparation.

Article 6

It is recommended that in the course of the preparation of an instrument on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters, in particular by the Hague Conference on Private International Law, the rights of victims as set out in these Articles be taken into account.

9^{ème} Commission*

Le régime juridique des épaves des navires de guerre et des navires d'Etat en droit international

The Legal Regime of Wrecks of Warships and Other State-owned Ships in International Law

Rapporteur : Natalino Ronzitti

Travaux préparatoires.....	269
Délibérations de l'Institut	331
Résolution	371

- Membres/Membership : MM. Caflisch, Caminos, Degan, Francioni, Lady Fox, MM. Hafner, Kateka, Lowe, Momtaz, Oxman, Simma, Thürer, Wolfrum, Yee.

