

Revue Générale de Droit International Public

Conseil Scientifique

Mario BETTATI

Professeur émérite de l'Université Paris II

Boutros BOUTROS-GHALI

Ancien Secrétaire général
de l'Organisation des Nations Unies et
de l'Organisation internationale de la Francophonie

Antônio A. CANÇADO-TRINIDADE

Ancien Président de la Cour interaméricaine
des droits de l'homme,
Juge à la Cour internationale de Justice

Luigi CONDORELLI

Professeur à l'Université de Florence

Pierre-Marie DUPUY

Professeur émérite de l'Université Paris II
et de l'IHEID de Genève

Jacques DEHAUSSY

Professeur émérite de l'Université Paris I,
Ancien Recteur d'Académie

Gilbert GUILLAUME

Ancien Président
de la Cour internationale de Justice

Prosper WEIL

Professeur émérite de l'Université Paris II,
Membre de l'Institut

Jean-Pierre QUENEUDEC

Professeur émérite de l'Université Paris I,
Président honoraire de la Société française
pour le droit international

Directeur

Carlo SANTULLI

Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas
Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales

Comité de Rédaction

Louis BALMOND

Professeur à l'Université de Nice

Jean MATRINGE

Professeur à l'Université Paris I

Jean-Denis MOUTON

Professeur à l'Université de Lorraine

Florence POIRAT

Professeur à l'Université Paris-Sud

Raphaële RIVIER

Professeur à l'Université Paris I

Jean-Didier SICAULT

Maître de Conférences honoraire
de l'Université Paris II,
Avocat à la Cour

Sébastien TOUZÉ

Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas

Baptiste TRANCHANT

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Philippe WECKEL

Professeur à l'Université de Nice

Bénédicte PEDONE RIBOT

Secrétaire de rédaction

TOME CXIX - 2015

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

13, rue Soufflot, 75005 Paris

editions-pedone@wanadoo.fr

Site: www.rgdip.com

Droits de reproduction et de traduction réservés © éditions Pedone

Prix Abonnement 2015 - France	160 €
Europe	195 €
Etranger	235 €
Prix du numéro	44 €

Bibliothèque
CUJAS

RN 11 B

LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET LES DROITS DE L'HOMME MECONNUS SUR LE PLAN INTERNATIONAL

Par

Benedetto CONFORTI

Professeur émérite de droit international

1. L'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 238 du 22 octobre 2014¹ intervient dans une affaire qui commença au début de ce siècle lorsque, comme il est bien connu même en dehors de l'Italie, certains juges italiens, y compris la Cour de Cassation, refusèrent d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction relativement à la réparation des dommages causés par les crimes commis en Italie par des soldats allemands lors de la deuxième guerre mondiale. Les requérants – il est important de le noter – avaient saisi les Tribunaux italiens car ils n'avaient pas obtenu satisfaction en Allemagne². Le refus de l'immunité avait donné lieu – ce qui est également bien connu – à un différend entre l'Italie et l'Allemagne, qui avaient saisi d'un commun accord la Cour internationale de Justice (CIJ). Par son arrêt du 3 février 2002, la CIJ déclara la responsabilité de l'Etat italien, en lui imposant de faire en sorte que, soit par l'adoption d'actes législatifs soit autrement, les décisions des juges susmentionnés « cessent d'avoir effet »³. Deux arguments étaient notamment utilisés par la Cour pour exclure la thèse principale de la défense italienne, selon laquelle la règle coutumière sur l'immunité de juridiction des Etats devait succomber aux règles, elles-aussi coutumières mais en plus de *jus cogens*, relatives aux crimes

¹ Parmi les premiers commentaires v. R. KOLB, *The Relationship between the International and the Domestic Legal Order: Reflections on the Decision n. 238 of the Italian Constitutional Court, in Questions of International Law* (revue en ligne), 2014, pp. 5 et s.; P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity, etc.*, *ivi*, pp. 17 et s.; A. RUGGERI, *Commento alla decisione n. 238, dans Consulta on line* (<http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0238s-14.htm>); F.M. PALOMBINO, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali?*, *Rivista di dir. internaz.*, 2015, fasc. 1°; R. RIVIER, *cette Revue*, 2014/4, pp. 970-974; R. Pisillo MAZZESCHI, *La sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale etc., Diritti umani e diritto internazionale*, pp. 23 et s.

² Pour se borner à citer une décision pour toutes, qui est aussi la plus connue et a donné origine à nombre de débats même à l'étranger, v. Cass., Sez. Unite, 11 mars 2004 n. 5044 (*affaire Ferrini*), *Giurisprudenza Italiana*, 2005, pp. 250 et s.

³ Pour un examen critique de l'arrêt v. B. CONFORTI et autres, *Focus: The ICJ Judgment in Jurisdictional Immunities of the State, Italian Yearbook of International Law*, vol. XXI (publié en 2011), pp. 143 et s.

internationaux. Le premier argument avait un caractère purement formel, puisque la Cour estimait que le problème de l'immunité avait un caractère préliminaire et procédural par rapport à celui consistant à établir, au fond, si l'Etat avait commis des violations graves des droits de l'homme. Le deuxième argument, plus substantiel, se fondait sur la pratique interne des Etats, entièrement en faveur de l'immunité même dans les cas caractérisés par de telles violations et avec la seule exception des récents arrêts italiens *de quo* ainsi que d'un arrêt isolé de la Cour de Cassation grecque⁴.

L'Etat italien donna effet à l'injonction de la CIJ, d'abord par des arrêts⁵, ensuite par l'art. 3 de la Loi du 14 janvier 2013 prévoyant certaines mesures (réouverture du procès pour les arrêts définitifs, déclaration d'absence de compétence pour les procès pendants) pour tous les cas dans lesquels la CIJ s'était, ou se serait, prononcée en faveur de l'immunité.

C'est à ce stade que la Cour constitutionnelle italienne, saisie de l'affaire par le Tribunal de Florence (en Italie le recours individuel à la Cour n'existe pas), est intervenue en déclarant contraire à la Constitution la règle coutumière sur l'immunité de juridiction dans les affaires où il est question de dommages résultant de violations graves des droits de l'homme. Il s'agit d'un arrêt courageux qui doit être accueilli avec enthousiasme par ceux qui, comme nous, ont toujours soutenu que l'application du droit international au sein de l'Etat, même le plus ouvert aux sources internationales, ne peut être poussée jusqu'au point de compromettre des valeurs fondamentales de la communauté étatique.

2. La prémisse, d'ordre général, sur laquelle se base la Cour, c'est que les règles coutumières internationales, tout en ayant rang constitutionnel en vertu du renvoi effectué par l'art. 10, 1^{er} alinéa, de la Constitution⁶, ne peuvent pas déroger à un noyau de principes constitutionnels de caractère fondamental. Quelles seraient les conséquences en cas de conflit avec ces principes ? La Cour estime que « dans ce cas le renvoi à la règle internationale est exclu... avec la conséquence inévitable que la règle internationale, pour la partie qui est en conflit avec les principes et les droits inviolables [de la Constitution], n'entre pas dans l'ordre italien et ne peut donc pas être appliquée » en Italie⁷.

A notre avis on ne peut qu'être d'accord avec cette opinion de la Cour. En effet, nous avons soutenu la même opinion dès les années '70, en considérant : « que l'art. 10, 1^{er} alinéa, tout en attribuant rang constitutionnel aux règles coutumières internationales, contient une 'clause implicite de

⁴ La Cour se rapportait aussi à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, également favorable (hélas) à l'immunité et qui avait commencé à se former par l'arrêt du 21 novembre 2001, dans l'affaire *Al-Adsani*, adopté par ailleurs par neuf juges contre huit.

⁵ V. par ex. Cass. Sez. 1 pénale, 9 août 2012 n° 1196, in *Riv. di dir. internaz.*

⁶ Selon l'art. 10, 1^{er} alinéa : « l'ordre juridique italien se conforme aux règles générales du droit international ».

⁷ Arrêt, par. 3.4 et 3.5 de la partie en droit.

sauvegarde des valeurs fondamentales (et seulement de celles-ci) dont s'inspire notre Constitution'; autrement dit, que 'l'art. 10, 1^{er} alinéa, ne peut et ne veut pas admettre une exécution du droit coutumier à l'intérieur de l'Etat poussée jusqu'à la limite de rupture avec ces valeurs'; et qu'une règle de droit international général dépassant une telle limite... restera sans application à l'intérieur de l'Etat »⁸.

Il y a quand même une différence entre notre opinion et celle de la Cour pour ce qui concerne les conséquences du conflit entre la règle coutumière et les principes constitutionnels fondamentaux. A notre avis, puisque la règle coutumière demeure au dehors de l'ordre juridique italien, tous ceux qui sont appelés à l'appliquer, et notamment les juges, pourraient refuser de l'appliquer, eu égard exclusivement à l'affaire qui leur est soumise, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la Cour constitutionnelle⁹. D'après la Cour, au contraire, c'est elle qui a la compétence exclusive pour décider *erga omnes* n'importe quelle question de constitutionnalité, y compris la décision sur le conflit entre une règle internationale et la Constitution. Nous sommes peut-être influencés par ce qui se produit en matière de droit international privé et de procédure civile internationale, où c'est le juge ordinaire qui est compétent pour empêcher que des lois et des décisions étrangères soient respectivement appliquées et reconnues dans notre ordre juridique lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public international, un ordre qui comprend aussi les principes constitutionnels fondamentaux.

En réalité la différence entre les deux opinions n'est pas grande dans le cas d'espèce, si l'on considère que, comme on va le voir ci-après, la Cour a adopté une décision qui est contraignante pour le Tribunal de Florence, en tant que juge requérant, mais qui a par contre un caractère exclusivement d'exhortation à l'égard des autres juges, qui peuvent la confirmer ou pas.

3. Ceci dit, la Cour déclare tout d'abord qu'elle ne veut pas discuter l'interprétation donnée par la CIJ de la règle coutumière sur l'immunité de juridiction des Etats, s'agissant d'une interprétation « particulièrement qualifiée sur le plan du droit international »¹⁰. Ensuite elle se demande si la coutume

⁸ V. *Appunti dalle lezioni*, Napoli, 1976, p. 174 s. et, récemment, *Diritto internazionale*, X ediz., Napoli, 2014, p. 348. En soutenant, avec la Cour, cette opinion, on fait abstraction de la vieille querelle, purement théorique, entre les partisans du monisme et ceux du dualisme dans les rapports entre droit international et droit interne. D'après R. Kolb, *art. cit.*, par. 6, au contraire, l'arrêt de la Cour serait fondé sur un « robuste » dualisme et arriverait jusqu'à marquer le « meurtre » (*murder*) du droit international. Cette vision apocalyptique du dualisme dans les rapports entre droit interne et droit international ne tient pas compte du fait que, aussi bien si l'on adopte le point de vue moniste, selon lequel le droit international pénètre *jure proprio* dans le droit interne, que le point de vue dualiste, selon lequel le droit international est rappelé par le droit interne, il est difficile de soutenir que les principes et valeurs fondamentaux régissant la communauté étatique soient mis en échec.

⁹ *Appunti e Diritto internazionale cit.*, loc. cit.

¹⁰ Arrêt, par. 3.2 et 3.4.

en question, telle qu'interprétée par la CIJ, c'est-à-dire comme prédominante par rapport aux normes internationales de sauvegarde des droits de l'homme, soit contraire aux principes fondamentaux de la Constitution, ce qui exclut son accueil dans l'ordre italien. La réponse est affirmative, les principes prévus par les articles 2 (protection des droits de l'homme) et 24 (droit d'accès aux tribunaux) étant mis en cause en l'espèce.

C'est là évidemment la partie la plus importante de l'arrêt et on ne peut que la partager. A notre avis, cependant, la décision de la Cour se justifie dans le cas d'espèce car les requérants avaient saisi les juges italiens n'ayant jamais trouvé satisfaction auprès des juges allemands. Depuis longtemps la doctrine italienne soutient que l'absence de recours alternatifs est une condition indispensable afin que la norme internationale sur l'immunité de juridiction des Etats étrangers, ainsi que celle sur les agents diplomatiques étrangers, puisse être réputée en conflit avec le principe qui prévoit le droit d'accès aux tribunaux¹¹. C'est dommage que la Cour ne donne pas à ce point l'évidence qu'il mérite, même s'il peut être déduit implicitement de certaines considérations faites dans différentes parties de l'arrêt. Il suffit de rappeler, à titre d'exemple, le passage où la Cour dit : « la règle coutumière internationale sur l'immunité de juridiction des Etats étrangers, avec la portée définie par la CIJ... comporte le sacrifice total du droit à la protection juridictionnelle des droits des... victimes »¹².

Il faut remarquer que la Cour ne prononce pas un arrêt d'annulation : s'agissant d'une règle coutumière, elle ne pouvait sûrement pas l'annuler, comme elle le fait par contre pour les actes législatifs. Il s'agit simplement d'une décision que l'on appelle « sentenza interpretativa di rigetto ». Sans vouloir entrer dans les technicités relatives à la justice constitutionnelle italienne, il suffit de noter que ce type de décision comporte l'obligation du juge requérant de laisser inappliquée la disposition déclarée inconstitutionnelle, mais laisse les autres juges libres de ne pas se conformer, avec une décision motivée, à l'opinion de la Cour. Il est vrai, cependant, que si l'on tient compte de l'autorité et du prestige dont jouit la Cour, et de la circonstance que plusieurs décisions de juges italiens rendues avant l'arrêt de la CIJ, avaient considéré comme prioritaires les normes interdisant les crimes internationaux par rapport à celle relative à l'immunité de juridiction des Etats étrangers, il faut s'attendre que la jurisprudence italienne va s'y conformer.

¹¹ Cf., parmi les autres, L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della nostra Costituzione*, Riv. Di dir. intern., 1979, I, pp. 455 et s., auteur qui a été le premier à formuler la théorie du « recours alternatif » ; B. CONFORTI, dans *Focus cit. (supra, nota 3)*, pp. 135 et s. ; G. CATALDI, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della CIJ nel caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 143 et s.

¹² Arrêt, par. 3.4.

4. Comme on l'a dit au début, le législateur italien, en exécution de l'arrêt de la CIJ, avait adopté la Loi du 14 janvier 2013 n° 5, dont l'art. 3 prévoyait certaines mesures (réouverture du procès pour les décisions définitives, déclaration d'absence de compétence pour les procès pendants) pour les cas dans lesquels la CIJ s'était prononcée en faveur de l'immunité. Il est bien évident que, ayant la Cour affirmé l'inconstitutionnalité de la règle coutumière sur l'immunité des Etats telle qu'interprétée par la CIJ, la conséquence a été la déclaration de nullité dudit art. 3¹³.

On peut se demander s'il était nécessaire d'annuler, comme l'a fait la Cour, l'art. 1 de la Loi du 17 août 1957 n° 848, qui donne effet en Italie à la Charte des Nations Unies, bien qu'exclusivement « dans les limites de l'exécution donnée à l'art. 94 de la Charte et dans la partie où il impose au juge italien de se conformer à la décision de la CIJ du 3 février 2012 »¹⁴. Ne suffisait-il pas de relever le conflit entre la règle coutumière en question et les articles 2 et 24 de la Constitution ? Et pourquoi, si la Cour s'est préoccupée de l'art. 94 de la Charte, n'a-t-elle pas déclaré également inconstitutionnelle la Loi du 23 mars 1958 n° 411 pour la partie où elle donne effet à l'art. 1 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends, article en vertu duquel la compétence obligatoire de la CIJ s'était enracinée ? Il nous semble en somme que, l'arrêt de la Cour n'étant pas contraignant pour les juges autres que le juge requérant, c'est seulement de cet arrêt que ces juges pourront déduire l'éventuelle décision de suivre les indications de la Cour.

5. La dernière question à examiner concerne les effets éventuels de l'arrêt de la Cour, aussi bien du point de vue du droit international coutumier que du point de vue de la Charte des Nations Unies.

Du premier point de vue, il faut se demander si l'arrêt constitue une violation de la règle sur l'immunité des Etats, compte tenu de la pratique des cours étatiques qui sont pour la plupart favorables à l'immunité, même en ce qui concerne les effets civils des violations graves des droits de l'homme. A notre avis, l'activité normative abstraite, la simple adoption d'une loi, quoique contraire au droit international, n'implique pas en soi la responsabilité de l'Etat. Ce qui est nécessaire c'est que cette activité donne lieu à une décision qui l'applique à un cas concret. Si cela est vrai, étant donné que l'arrêt de la Cour a plutôt la valeur d'un acte législatif que d'un acte juridictionnel, donc d'un acte qui ne comporte pas une décision de ce genre, il ne constitue pas encore une violation de la règle coutumière sur l'immunité de l'Etat. Il faudra du moins attendre que le procès instauré devant le juge requérant soit conclu.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Ibid.*, par. 5.

¹⁵ *Ibid.*, par. 4.

Par ailleurs, lorsque la violation se concrétisera, les décisions des juges italiens et notamment, en vertu de son autorité, celle de la Cour constitutionnelle, devront être aussi évaluées pour leur apport à la formation d'une nouvelle coutume qui fasse prévaloir la protection des droits de l'homme, comme, on peut dire, les temps modernes l'exigent¹⁵. On sait que le droit coutumier n'est pas immuable et que son changement comporte initialement une violation du droit existant. Comme la Cour le relève à juste titre, ce n'est pas la première fois que l'Italie a donné vie à la formation d'une nouvelle coutume, si l'on se rappelle que ce sont justement les juges italiens, aussitôt suivis par les juges belges, qui, dans les années '20 du siècle passé, provoquèrent pour les premiers la disparition de la règle de l'immunité absolue et la naissance de la distinction entre les actes *jure imperii* et *jure privatorum*¹⁶. Il est donc souhaitable que les cours des autres Etats, comme dans le cas de ce précédent et comme il est encore plus souhaitable s'agissant de la matière des droits de l'homme, se persuadent à abandonner leur attitude favorable à l'immunité et suivent l'exemple italien.

En ce qui concerne les effets produits par l'arrêt dans le cadre du droit des Nations Unies, il faut prendre en considération l'art. 94, alinéa 2, de la Charte lequel, relativement à l'obligation des Etats de se conformer aux décisions de la CIJ établie par l'alinéa 1^{er}, prévoit que « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt ».

Il faut dire tout de suite qu'il est difficile de prévoir quelles mesures pourrait adopter le Conseil de Sécurité, étant donné qu'il n'y a pas de précédents en la matière. Dans quatre cas un arrêt de la CIJ n'a pas été exécuté par la partie succombante, mais le Conseil n'est jamais intervenu. Deux concernent les Etats-Unis : dans un cas, ils refusèrent d'exécuter l'arrêt du 27 juin 1986 sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* : dans le second cas, leur Cour Suprême, par une décision du 25 mars 2008 (*Medellin v. Texas*) pas trop différente de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, jugea non applicable l'arrêt de la CIJ, du 31 mars 2004, dans l'affaire *Mexique c. Etats-Unis d'Amérique* (affaire *Avena*) arrêt considéré par la Cour contraire au droit interne ; il s'agissait dans ce cas du non-respect de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les immunités consulaires. Un autre cas fut celui de la non-exécution par le Royaume-Uni de la décision de la CIJ du 9 avril 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. Il en fut de même pour l'arrêt de la CIJ du 24 mai 1980 dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-*

¹⁵ Le point est approfondi par P. DE SENA, *art. cit.* (supra, note 1), pp. 22 et s.

¹⁶ *Arrêt*, par. 3.3.

Unis à Teheran. En fait, dans tous ces cas le Conseil de Sécurité ne fut même pas saisi, sauf dans l'affaire des activités militaires au Nicaragua, par rapport à laquelle l'art. 94, alinéa 2, fut invoqué mais sans suite, les Etats Unis disposant du droit de veto¹⁷. Théoriquement donc l'Allemagne pourrait saisir, dans notre cas, le Conseil de Sécurité en indiquant les mesures à adopter. L'Italie aurait quand même de bons arguments pour se défendre, soit en invoquant les précédents qu'on vient de rappeler, soit en s'appuyant sur le fait que la Cour constitutionnelle est intervenue pour protéger des droits fondamentaux de la personne humaine, une protection qui est aujourd'hui considérée extrêmement importante par la communauté internationale dans son ensemble.

Note : Au par. 3 de cet article il est dit que l'on peut s'attendre que la jurisprudence italienne va se conformer à l'arrêt de la Cour constitutionnelle. En fait, tandis que la correction des épreuves avait lieu, la Cour de Cassation, Chambres réunies, s'y est conformée dans les arrêts n. 9097 et 9098 du 6 mai 2015.

¹⁷ Sur l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Medellin c. Texas v. AJIL*, 2008, pp. 622 et s. Pour les autres cas v. P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 7^{ème} éd., Paris, 2009, p. 1006.