

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Grande Camera, Strasburgo, sentenza del 14 dicembre 2006 ricorso n. 1398/03 (caso MARKOVIC ed altri contro ITALIA) diritto ad un equo processo - atti compiuti dallo stato italiano in operazioni belliche – risarcimento - difetto assoluto di giurisdizione.

Deducendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione (in relazione al diritto di accesso alla giustizia), si sono rivolti alla Corte europea i parenti di alcune delle vittime civili di un'incursione aerea avvenuta a Belgrado durante la guerra del Kosovo ad opera di forze della Nato. Costoro avevano avanzato alla magistratura italiana domanda di risarcimento nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Ministero della difesa, ritenendo il nostro paese corresponsabile della morte dei loro parenti, per aver fornito alla suddetta operazione supporto politico e logistico. Le Sezioni unite della Corte di cassazione avevano dichiarato, con ordinanza n. 8157 del 5 giugno 2002 (CED. n. 554898), il difetto di giurisdizione italiana, sia ordinaria che amministrativa, sulla suddetta domanda, in quanto gli atti compiuti dallo Stato nella conduzione di ostilità belliche costituivano manifestazione di una funzione politica, attribuita dalla Costituzione al Governo della Repubblica, rispetto alla quale non poteva essere configurabile una situazione di interesse protetto a che gli atti, in cui detta funzione si era manifestata, assumessero o meno un determinato contenuto.

La Grande Camera della Corte europea ha disatteso la tesi dei ricorrenti, non rilevando nei fatti la violazione dell'art. 6 cit., in quanto la decisione assunta dalla Corte di cassazione non avrebbe riconosciuto in favore dello Stato italiano una sorta di immunità di fatto, essendo state ragionevolmente esaminate le pretese dei ricorrenti alla luce dei principi giuridici che regolano l'azionabilità di un diritto secondo la legge nazionale. In altri termini, i ricorrenti hanno avuto accesso ad una corte nazionale, anche se ne è stata limitata la portata. Va segnalata a margine, l'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky.

GRANDE CHAMBRE
AFFAIRE MARKOVIC ET AUTRES c. ITALIE

(Requête no 1398/03)

ARRÊT

STRASBOURG

14 décembre 2006

En l'affaire Markovic et autres c. Italie,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

MM. L. WILDHABER, *président*,

C.L. ROZAKIS,

J.-P. COSTA,
Sir Nicolas BRATZA,
MM. B.M. ZUPANCIC,
L. CAFLISCH,
I. CABRAL BARRETO,
K. JUNGWIERT,
J. HEDIGAN,
M^{me} M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
MM. M. UGREKHELIDZE,
A. KOVLER,
V. ZAGREBELSKY,
E. MYJER,
DAVID THOR BJÖRGVINSSON,
M^{me} D. JOCIENE,
M. J. ŠIKUTA, *juges*,
et de M. T. L. EARLY, *greffier de section*,
Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 14 décembre 2005,
9 janvier et 25 octobre 2006,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n^o 1398/03) dirigée contre la République italienne et dont dix ressortissants de la Serbie-Monténégro, MM. Dusan et Zoran Markovic, M^{me} Dusika et M. Vladimir Jontic, M^{me} Draga Jankovic, M^{mes} Mirjana et Slavica Stevanovic et M^{me} Milena et MM. Obrad et Dejan Dragojevic (« les requérants »), ont saisi la Cour le 6 décembre 2002 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants agissent devant la Cour par l'intermédiaire de M^{me} A. Rampelli et sont représentés par M^e G. Bozzi, avocat à Rome, ainsi que par M^{es} A. Bozzi et C. Gatti, avocats à Milan. Le gouvernement italien (« le gouvernement défendeur ») est représenté par son agent, M. I. M. Braguglia, et son coagent, M. F. Crisafulli.

3. Les requérants voyaient en particulier une violation de l'article 6 de la Convention combiné avec l'article 1 dans la décision de la Cour de cassation italienne déclarant les juridictions internes incompétentes pour examiner la demande en réparation formée par eux à la suite d'une frappe aérienne des forces de l'OTAN.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Par une décision du 12 juin 2003, ladite section a décidé

de déclarer la requête partiellement irrecevable quant aux griefs tirés des articles 2, 10, 13 (dans la mesure où celui-ci a été considéré comme absorbé par l'article 6) et 17 de la Convention et de communiquer le restant de la requête au gouvernement défendeur pour observations écrites. Le 28 avril 2005, une chambre de la troisième section composée de MM. B.M. Zupančič, président, J. Hedigan, L. Caflisch, M^{me} M. Tsatsa-Nikolovska, MM. V. Zagrebelsky, E. Myjer, David Thór Björgvinsson, juges, ainsi que de M. V. Berger, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

6. En application des articles 29 § 3 de la Convention et 54A § 3 du règlement, la Grande Chambre a informé les parties qu'elle pourrait statuer sur le fond en même temps que sur la recevabilité de l'affaire.

7. Tant les requérants que le gouvernement défendeur ont déposé un mémoire. Des observations ont également été reçues du gouvernement du Royaume-Uni, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Le gouvernement de la Serbie-Monténégro a exercé son droit d'intervenir (articles 36 § 1 de la Convention et 44 § 1 b) du règlement). Les requérants ont répondu à ces commentaires à l'audience (article 44 § 5 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 14 décembre 2005 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le gouvernement défendeur*

M. F. CRISAFULLI, *coagent,*
M^{me} A. CIAMPI, *conseillère ;*

– *pour les requérants*

M^{es} G. BOZZI, avocat au barreau de Rome,
A. BOZZI, avocat au barreau de Milan, *conseils,*
M. D. GALLO, *conseiller ;*

– *pour le gouvernement de la Serbie-Monténégro*

M. S. CARIC, *agent,*
M^{mes} K. JOSIFOR,
I. BANOVCANIN-HEUBERGER, *conseillères.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Crisafulli, M^{me} Ciampi, M^{es} G. Bozzi, A. Bozzi et Carić, ainsi qu'en leurs réponses aux questions des juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les dix requérants sont tous des ressortissants de la Serbie-Monténégro, désignée à l'époque des faits comme République fédérale de Yougoslavie (« RFY »).

Les deux premiers requérants, Dusan et Zoran Markovic, sont nés en 1924 et 1952 respectivement, et ils saisissent la Cour en raison du décès de leur fils et frère, Dejan Markovic.

Les troisième et quatrième requérants, Dusika et Vladimir Jontic, sont nés en 1948 et 1978 respectivement, et ils saisissent la Cour en raison du décès de leur mari et père, Slobodan Jontic.

La cinquième requérante, Draga Jankovic, est née en 1947, et elle saisit la Cour en raison du décès de son mari, Milovan Jankovic.

Les sixième et septième requérantes, Mirjana et Slavica Stevanovic, sont nées en 1945 et 1974 respectivement, et elles saisissent la Cour en raison du décès de leur fils et frère, Slavisa Stevanovic.

Les huitième, neuvième et dixième requérants, Milena, Obrad et Dejan Dragojevic, sont nés en 1953, 1946 et 1975 respectivement, et ils saisissent la Cour en raison du décès de leur fils et frère, Dragorad Dragojevic.

10. Les requérants ont introduit la présente requête pour se plaindre de l'issue d'une procédure en dédommagement qu'ils avaient introduite devant les juridictions judiciaires italiennes à cause d'une frappe aérienne contre la RFY.

A. Le contexte et le bombardement de la Radio-Televizije Srbije (« RTS »)

11. Les faits de la cause relèvent du même contexte que celui pris en compte par la Cour dans la décision *Banković et autres c. Belgique et 16 autres pays contractants* (déc. [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII). Dans cette affaire, les faits ont été résumés comme suit :

« De nombreux documents traitent du conflit qui opposa les forces serbes et albanaises du Kosovo en 1998 et 1999. Devant l'escalade de la violence et eu égard aux préoccupations grandissantes de la communauté internationale et à l'échec des initiatives diplomatiques, le Groupe de contact composé des représentants de six pays (institué en 1992 par la Conférence de Londres) se réunit et décida d'organiser des négociations entre les parties au conflit.

Le 30 janvier 1999, à la suite d'une décision de son Conseil de l'Atlantique Nord (« CAN »), l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (« OTAN ») annonça que des frappes aériennes seraient effectuées sur le territoire de la RFY en cas de non-respect des exigences de la Communauté internationale. Des négociations eurent alors

lieu entre les parties au conflit, du 6 au 23 février 1999 à Rambouillet, et du 15 au 18 mars 1999 à Paris. L'accord de paix proposé à l'issue des pourparlers fut signé par la délégation albanaise du Kosovo, mais non par la délégation serbe.

Considérant que tous les efforts entrepris pour parvenir à une solution politique négociée de la crise du Kosovo avaient échoué, le CAN décida de commencer les frappes aériennes (opération Force alliée) contre la RFY, mesure que le Secrétaire général de l'OTAN annonça le 23 mars 1999. Les frappes aériennes s'échelonnèrent du 24 mars au 8 juin 1999.

Trois chaînes de télévision et quatre stations de radio se partageaient les locaux de la RTS à Belgrade. Les installations de production les plus importantes se trouvaient dans trois bâtiments de la rue Takovska. La régie finale était abritée au premier étage de l'un d'eux ; elle employait principalement du personnel technique.

Le 23 avril 1999, juste après 2 heures du matin, l'un des bâtiments de la RTS de la rue Takovska fut touché par un missile tiré d'un avion de l'OTAN, qui provoqua l'effondrement de deux des quatre étages de l'immeuble et détruisit la régie finale. Vingt-quatre cibles furent touchées en RFY au cours de la même nuit, dont trois à Belgrade. »

12. Cet effondrement partiel de l'immeuble de la RTS causa la mort de seize personnes, dont les cinq proches des requérants.

B. La procédure en responsabilité civile entamée devant le tribunal de Rome

13. Le 31 mai 2000, les quatre premiers requérants saisirent le tribunal de Rome d'une action en dommages-intérêts au titre de l'article 2043 du code civil italien. Les six autres requérants intervinrent dans la procédure par un acte du 3 novembre 2000.

14. Les requérants considéraient que le décès de leurs proches engageait la responsabilité civile de la présidence du Conseil des ministres et du ministère de la Défense italiens ainsi que du commandement des Forces Alliées de l'Europe du Sud de l'OTAN (« AFSOUTH »).

Ils plaidaient la compétence des autorités judiciaires italiennes. S'appuyant sur le libellé de l'article 6 du code pénal italien, ils soutenaient notamment que l'acte illicite ayant causé le préjudice allégué devait être considéré comme ayant été commis en Italie dans la mesure où l'action militaire avait été organisée et s'était en partie déroulée en territoire italien. Ils tiraient argument à ce propos de l'étendue de l'engagement de l'Italie dans la mission militaire en cause, caractérisée par un important soutien de type politique et logistique. En particulier, l'Italie aurait permis, et cela à la différence des autres membres de l'OTAN, l'utilisation des bases aériennes d'où avaient décollé les avions ayant bombardé Belgrade et la RTS. Les intéressés étaient également leur demande en invoquant l'article 174 du code pénal militaire en temps de guerre et des dispositions du Protocole n° I

additionnel aux Conventions de Genève et de la Convention de Londres de 1951.

15. Les parties défenderesses plaidèrent le défaut de juridiction des tribunaux italiens. Les requérants renoncèrent alors à la procédure dirigée contre l'AFSOUTH.

16. Par la suite, la présidence du Conseil des ministres et le ministère de la Défense présentèrent un recours devant la Cour de cassation afin d'obtenir une décision préalable sur la question de la juridiction (« *Regolamento preventivo di giurisdizione* ») au sens de l'article 41 du code de procédure civile italien.

17. Dans ses conclusions du 16 novembre 2001, le substitut du procureur général près la Cour de cassation considéra que les questions soulevées avaient trait au bien-fondé de la demande mais pas à la question de juridiction et demanda à la Cour de déclarer le recours irrecevable. Il rédigea ses conclusions de la façon suivante :

« attendu que les administrations défenderesses ont demandé une décision préalable sur la question de la juridiction, soutenant que :

a) l'Etat italien étant mis en cause dans sa subjectivité spécifique (et unitaire) de droit international œuvrant dans l'exercice de son imperium (*iure imperii*), cette action en justice ne saurait être introduite devant un juge italien ;

b) cette action en justice ne saurait pas non plus se baser sur les dispositions prévues à l'article VIII n° 5 de la Convention de Londres du 19 juin 1951, ratifiée en Italie avec la loi n° 1335 de 1955, car cette disposition ne concerne que les dommages causés dans l'Etat de séjour ;

attendu qu'avec ladite question de juridiction on conteste l'existence dans le système juridique italien de dispositions ou principes qui prévoient ou garantissent de façon abstraite la position de droit subjectif alléguée ;

attendu que :

a) l'on conteste que l'Etat italien puisse être considéré comme responsable de l'activité effectuée dans l'exercice de son imperium ;

b) l'on nie que ladite Convention de Londres puisse être appliquée pour déterminer l'endroit où se seraient produits les faits ayant causé les dommages allégués (ce n'est pas par hasard si la partie requérante invoque les dispositions du code pénal quant à l'endroit où le délit a été commis) ;

il s'ensuit que les questions ainsi soulevées concernent le fond et non la juridiction (arrêt n° 903 du 17 décembre 1999 de la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière).

Pour ces motifs, [on] demande que la Cour de cassation, statuant en Assemblée plénière, déclare ladite question irrecevable, avec toutes les conséquences prévues par la loi. »

18. Par une décision du 8 février 2002 (n° 8157), dont le texte fut déposé au greffe le 5 juin 2002 et notifié aux requérants le 11 juin 2002, la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière (*Sezioni Unite*) déclara le défaut de juridiction. Elle s'exprima ainsi :

« 2. La demande attribue à l'Etat italien une responsabilité que l'on fait dépendre d'un acte de guerre, plus particulièrement d'une ligne de conduite des hostilités de guerre qui s'exprime par la guerre aérienne. Le choix d'une ligne de conduite des hostilités fait partie des actes de gouvernement. Ce sont des actes qui constituent la manifestation d'une fonction politique, et leur attribution à un organe constitutionnel est prévue dans la Constitution : fonction qui de par sa nature est telle que l'on ne peut faire valoir, par rapport à celle-ci, une situation d'intérêt protégé, de sorte que les actes par lesquels elle se manifeste ont ou n'ont pas un contenu déterminé – arrêts de l'Assemblée plénière des 12 juillet 1968 (n° 2452), 17 octobre 1980 (n° 5583) et 8 janvier 1993 (n° 124). Par rapport à des actes de ce type, aucun juge n'a le pouvoir de contrôler la façon dont la fonction a été exercée.

3. Les dispositions du Protocole de Genève de 1977 (articles 35.2, 48, 49, 51, 52 et 57) et de la Convention européenne des Droits de l'Homme (articles 2 et 15 § 2), qui réglementent la conduite des hostilités, ont certes pour objet la protection des civils en cas d'attaques, mais elles régissent aussi, en tant que règles du droit international, les rapports entre les Etats.

Les mêmes traités structurent la procédure de constat des violations, prévoient les sanctions en cas de responsabilité (article 91 du Protocole ; article 41 de la Convention) et indiquent les juridictions internationales compétentes pour la constater.

Les lois ayant donné application à ces règles dans l'Etat italien ne contiennent pas par contre de dispositions expresses donnant aux personnes lésées la possibilité de demander à l'Etat réparation des dommages subis en violation des règles du droit international.

Que des dispositions ayant ce contenu aient implicitement été introduites dans le système par effet de l'exécution donnée aux règles du droit international est un principe qui se heurte à celui, contraire, auquel il est fait allusion, pour lequel des situations subjectives protégées ne s'opposent pas aux fonctions de nature politique.

Du reste, pour accorder dans le cadre du système interne une réparation du préjudice subi en conséquence d'une violation de dispositions de la Convention des Droits de l'Homme, en ce qui concerne l'article 6 et le non-respect du délai raisonnable de la procédure, [l'Etat] s'est doté d'une loi appropriée (loi du 24 mars 2001, n° 89).

4. La possibilité de soumettre à un contrôle la décision du Gouvernement quant à la conduite des hostilités dans le cadre des opérations aériennes de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie ne peut être déduite de la Convention de Londres de 1951.

Le fait que les avions qui ont servi lors du bombardement de la station de radiotélévision de Belgrade aient pu utiliser des bases situées sur le territoire italien constitue un élément de l'opération plus complexe dont on demande le contrôle de la licéité et n'est donc pas pertinent en ce qui concerne l'application de la norme édictée

par le paragraphe 5 de l'article VIII de la Convention, qui suppose au contraire la commission d'un acte dont la licéité puisse être contrôlée. »

19. La décision de la Cour de cassation mit fin *ipso jure* à la procédure devant le tribunal de Rome.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

20. Les articles pertinents de la Constitution italienne sont ainsi libellés :

« Article 10 § 1

L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues.

(...)

Article 24 § 1

Chacun peut ester en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes.

(...)

Article 28

Les fonctionnaires et les agents de l'Etat et des personnes morales publiques sont directement responsables, suivant les lois pénales, civiles et administratives, des actes accomplis en violation des droits. Dans ces cas, la responsabilité civile s'étend à l'Etat et aux personnes publiques.

(...)

Article 113

La protection juridictionnelle des droits et des intérêts légitimes devant les organes de la juridiction ordinaire ou administrative est toujours admise contre les actes de l'administration publique.

Cette protection juridictionnelle ne peut être exclue ou limitée à des voies de recours particulières ou à des catégories d'actes déterminées.

La loi détermine les organes de la juridiction qui peuvent annuler les actes de l'administration publique et prévoit dans quels cas et avec quels effets. »

21. L'article 31 du décret royal n° 1024 du 26 juin 1924 dispose :

« Le recours au Conseil d'Etat, dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, n'est pas admis en cas d'actes ou de décisions du gouvernement dans l'exercice du pouvoir politique. »

22. L'article 2043 du code civil est ainsi libellé :

« Tout fait illicite causant un préjudice à autrui détermine la responsabilité civile de l'auteur et oblige ce dernier à réparer. »

23. L'article 41 du code de procédure civile relatif à la question de la juridiction prévoit :

« Tant que la procédure n'a pas été tranchée au fond en première instance, chaque partie peut demander à la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière de résoudre les questions de juridiction énoncées à l'article 37. (...) »

Aux termes de l'article 37 du code de procédure civile,

« Le défaut de juridiction du juge ordinaire à l'égard de l'administration publique ou des juges spéciaux est constaté, même d'office, à quelque moment et degré de juridiction que ce soit. »

24. Les dispositions pertinentes du code pénal énoncent :

Article 6 :

« Quiconque commet un délit sur le territoire de l'Etat est puni selon la loi italienne.

Le délit est considéré comme commis sur le territoire de l'Etat quand l'action ou l'omission qui est à son origine y est survenue, entièrement ou en partie, ou quand l'événement qui est la conséquence de l'action ou de l'omission s'y est produit. »

Article 185 :

« Restitution et réparation du dommage.

Tout délit oblige à la restitution selon les lois civiles [articles 2043 et suivants du code civil].

Tout délit qui a causé un dommage patrimonial [article 2056 du code civil] ou non patrimonial [article 2059 du code civil] oblige son auteur et les personnes qui doivent répondre de ses actes selon les lois civiles [article 2047 du code civil] à le réparer. »

25. L'article 174 du code pénal militaire en temps de guerre est ainsi libellé :

« Le commandant d'une force militaire qui, pour nuire à l'ennemi, ordonne ou autorise l'utilisation d'un moyen ou d'une méthode de guerre interdit par la loi ou par les conventions internationales, ou de toute manière contraire à l'honneur militaire, est puni d'au moins cinq ans de réclusion, à moins que le fait soit qualifié de délit par une disposition législative particulière.

Si ce fait donne lieu à un massacre, la réclusion ne sera pas inférieure à dix ans. »

26. L'arrêt rendu le 10 juillet 1992 par la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière (n° 124/1993) pose le principe du défaut de juridiction à l'égard de l'administration en matière d'actes de nature politique.

Un syndicat avait engagé une action en responsabilité à l'encontre du Président du Conseil des ministres, du ministère de la Fonction publique et du ministère de l'Education nationale au motif que le gouvernement n'avait pas respecté ses engagements. La Cour de cassation souligna entre autres que le non-respect par le gouvernement de ses engagements pouvait seulement mettre en jeu la responsabilité politique du gouvernement, sans qu'il en découle aucun droit. Elle déclara le défaut de juridiction après avoir affirmé le principe suivant :

« L'initiative législative est un acte politique, car elle est la manifestation typique de la fonction politique et gouvernementale. Partant, le comportement que l'autorité gouvernementale a adopté en l'espèce n'est pas de nature à provoquer la lésion de situations juridiques subjectives (que ce soit des droits subjectifs ou des intérêts légitimes) ; il échappe par conséquent à tout contrôle juridictionnel. »

27. Les tribunaux italiens avaient par ailleurs déjà abordé la matière dans différentes affaires et avaient décidé que du fait de leur caractère politique les actes suivants échappaient au contrôle des juridictions internes :

– la renonciation aux pouvoirs de juridiction prévus par l'article VII de la Convention de 1951 entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces (Cour de cassation, troisième section criminelle, 21 mars 1962, n° 1645, *Kinardi et al*, *Giust. Pen.*, 1963, III, 80) ;

– la cession de biens de ressortissants italiens en vertu du Protocole d'accord de Londres de 1951 (Cour de cassation, Assemblée plénière pénale, 12 juillet 1968, n° 2452, *De Langlade c. ministère du Trésor*, *Rivista diritto internazionale*, 1969, 583) ;

– le décret du ministère des Transports suspendant les autorisations de transports de marchandises vers l'Autriche (tribunal de Rome, 18 mai 1993, *Soc. S. and C Transp. GmbH c. ministère des Transports*, *Rivista diritto internazionale privato e processuale*, 1995, 755) ;

– l'acte du ministère du Travail nommant les représentants des salariés en qualité de délégués auprès de l'Organisation Internationale du Travail (tribunal administratif régional du Latium, 20 août 1976, n° 492, *CISNAL c. ministère du Travail et ministère des Affaires étrangères*, *Italian Yearbook of International Law*, 1978-1979, 184) ;

– la déclaration de guerre ainsi que les dispositions relatives à l'indemnisation des dommages de guerre prévue dans le cadre d'un traité (tribunal administratif régional du Latium (I), 28 janvier 1985, n° 106, *Pestalozza c. ministre du Trésor*, *Trib. Amm. Reg.*, 1985, 381).

28. La Cour de cassation statuant en Assemblée plénière a rendu le 11 mars 2004 un autre arrêt (n° 5044) qui concernait la juridiction des tribunaux civils italiens en matière de réparation des dommages subis par une personne capturée par les forces militaires allemandes en 1944 et déportée pour travailler dans les entreprises allemandes. L'Allemagne avait invoqué son immunité et le tribunal de première instance et la cour d'appel s'étaient déclarés incompétents pour condamner l'Allemagne. La Cour de

cassation examina très longuement les conventions internationales en matière de crimes internationaux, d'imprescriptibilité, de responsabilité internationale des Etats et d'immunité de juridiction, ainsi que la jurisprudence de différents tribunaux internationaux. Elle conclut que l'immunité de juridiction ne pouvait pas être retenue et que les juridictions italiennes devaient statuer sur la demande. Elle s'exprima notamment comme suit :

« (...) Par une décision n° 8157 du 5 juin 2002, cette Assemblée plénière a en effet dit que les actes accomplis par l'Etat dans la conduite des hostilités de guerre sont soustraits à tout contrôle juridictionnel, dans la mesure où ils constituent la manifestation d'une fonction « de caractère politique », par rapport à laquelle « on ne peut faire valoir une situation d'intérêt protégé, de sorte que les actes par lesquels elle se manifeste ont ou n'ont pas un contenu déterminé ». En application de ce principe, le défaut de juridiction a été déclaré quant à la demande en réparation formulée à l'encontre de la présidence du Conseil des ministres et du ministère de la Défense de l'Italie en raison de la destruction, lors d'opérations aériennes de l'OTAN contre la République Fédérale de Yougoslavie, d'un objectif non militaire et du décès de certains civils qui en est résulté. Mais il est facile d'observer, d'une part, que le fait de ne pouvoir contester les modalités de déroulement de l'activité de direction suprême de la *res publica* ne constitue pas un obstacle au constat des éventuels délits commis dans ce contexte et de la responsabilité y relative, aussi bien en droit pénal qu'en droit civil (articles 90 et 96 de la Constitution ; article 15 de la loi constitutionnelle n° 1 de 1953 ; article 30 de la loi n° 20 de 1962), et, d'autre part, qu'en application du principe d'adaptation fixé par l'article 10 § 1 de la Constitution les règles du droit international « généralement reconnues » qui régissent la liberté et la dignité de la personne humaine en tant que valeurs fondamentales et qualifient de « crimes internationaux » les comportements qui portent le plus gravement atteinte à l'intégrité de ces valeurs sont devenues « automatiquement » une composante de notre système et sont dès lors pleinement aptes à assumer le rôle de facteur d'évaluation de l'injustice du dommage causé à autrui par un « fait » dolosif ou imprudent. Il est donc évident que les principes contenus dans cette décision ne peuvent être pris en considération dans le cas d'espèce. (...)

- 9.1 Reconnaître l'immunité de juridiction en faveur des Etats qui se sont rendus responsables de tels méfaits contredit manifestement les données normatives susmentionnées puisque pareille reconnaissance met obstacle à la défense des valeurs dont la protection doit au contraire être considérée comme essentielle pour toute la communauté internationale, à l'instar de ces normes et de ces principes, au point de justifier, dans les hypothèses les plus graves, même des formes de réactions obligatoires. Et il n'y a aucun doute qu'il faut résoudre l'antinomie en donnant la priorité aux normes de rang plus élevé, comme cela a été souligné dans l'opinion dissidente exprimée par les juges de la minorité (huit contre neuf) jointe à l'arrêt *Al-Adsani* [*Al-Adsani c. Royaume-Uni* (GC), n° 35763/97, CEDH 2001-XI], en excluant dans ce genre d'hypothèse que l'Etat puisse jouir de l'immunité de poursuites devant la juridiction étrangère. »

29. En 1993, le gouvernement italien avait décidé l'envoi d'un corps d'expédition militaire en Somalie pour accomplir des opérations de maintien de la paix. Après le retour de la mission militaire en Italie, il est apparu que des militaires avaient torturé des prisonniers somaliens. Deux militaires ont

été inculpés puis condamnés à des peines de réclusion et au dédommagement de la partie civile. Par un jugement du 7 mars 2002, dont le texte fut déposé au greffe le 10 juillet 2002 (n° 28154), le tribunal civil de Rome a condamné un autre militaire italien et le ministère de la Défense à réparer les dommages subis par les proches d'un civil tué de manière illicite par le militaire.

III. AUTRES DISPOSITIONS PERTINENTES

30. Les requérants ont invoqué devant les juridictions nationales le Protocole n° I du 8 juin 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux. Ce Protocole, ratifié par l'Italie par la loi n° 672 du 11 décembre 1985, contient notamment les dispositions suivantes :

« Article 35 – Règles fondamentales

1. Dans tout conflit armé, le droit des Parties au conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité.
2. Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus.
3. Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel.

(...)

Article 48 – Règle fondamentale

En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les Parties au conflit doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires.

Article 49 – Définition des attaques et champ d'application

1. L'expression « attaques » s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs.
2. Les dispositions du présent Protocole concernant les attaques s'appliquent à toutes les attaques, quel que soit le territoire où elles ont lieu, y compris le territoire national appartenant à une Partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une Partie adverse.

3. Les dispositions de la présente Section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Elles s'appliquent en outre à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs.

4. Les dispositions de la présente Section complètent les règles relatives à la protection humanitaire énoncées dans la IV^e Convention, en particulier au Titre II, et dans les autres accords internationaux qui lient les Hautes Parties contractantes, ainsi que les autres règles du droit international relatives à la protection des civils et des biens de caractère civil contre les effets des hostilités sur terre, sur mer et dans les airs.

(...)

Article 51 – Protection de la population civile

1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. Pour que cette protection soit effective, les règles suivantes, qui s'ajoutent aux autres règles du droit international applicable, doivent être observées en toutes circonstances.

2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.

3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

4. Les attaques sans discrimination sont interdites. L'expression « attaques sans discrimination » s'entend :

- a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé ;
- b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé ; ou
- c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole ;

et qui sont, en conséquence, dans chacun de ces cas, propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil.

5. Seront, entre autres, considérés comme effectués sans discrimination les types d'attaques suivants :

- a) les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute

autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil ;

b) les attaques dont on peut s'attendre à ce qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

6. Sont interdites les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles.

7. La présence ou les mouvements de la population civile ou de personnes civiles ne doivent pas être utilisés pour mettre certains points ou certaines zones à l'abri d'opérations militaires, notamment pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri d'attaques ou de couvrir, favoriser ou gêner des opérations militaires. Les Parties au conflit ne doivent pas diriger les mouvements de la population civile ou des personnes civiles pour tenter de mettre des objectifs militaires à l'abri des attaques ou de couvrir des opérations militaires.

8. Aucune violation de ces interdictions ne dispense les Parties au conflit de leurs obligations juridiques à l'égard de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution prévues par l'article 57.

(...)

Article 52 – Protection générale des biens de caractère civil

1. Les biens de caractère civil ne doivent être l'objet ni d'attaques ni de représailles. Sont biens de caractère civil tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2.

2. Les attaques doivent être strictement limitées aux objectifs militaires. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis.

3. En cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, tel qu'un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire.

(...)

Article 57 – Précautions dans l'attaque

1. Les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil.

2. En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises :

a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :

i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque ;

ii) prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment ;

iii) s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ;

b) une attaque doit être annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut s'attendre à ce qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ;

c) dans le cas d'attaques pouvant affecter la population civile, un avertissement doit être donné en temps utile et par des moyens efficaces, à moins que les circonstances ne le permettent pas.

3. Lorsque le choix est possible entre plusieurs objectifs militaires pour obtenir un avantage militaire équivalent, ce choix doit porter sur l'objectif dont on peut penser que l'attaque présente le moins de danger pour les personnes civiles ou pour les biens de caractère civil.

4. Dans la conduite des opérations militaires sur mer ou dans les airs, chaque Partie au conflit doit prendre, conformément aux droits et aux devoirs qui découlent pour elle des règles du droit international applicable dans les conflits armés, toutes les précautions raisonnables pour éviter des pertes en vies humaines dans la population civile et des dommages aux biens de caractère civil.

5. Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme autorisant des attaques contre la population civile, les personnes civiles ou les biens de caractère civil.

Article 91 – Responsabilité

La partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées. »

31. Les requérants ont également invoqué devant les juridictions nationales l'article VIII paragraphe 5 de la Convention de Londres du 19 juin 1951, conclue entre les Etats Parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, ratifiée en Italie avec la loi n° 1335 de 1955.¹

L'article I définit certaines notions comme suit :

« (...) »

d) « Etat d'origine » signifie la Partie Contractante dont relève la force;

e) « Etat de séjour » signifie la Partie Contractante sur le territoire de laquelle se trouve la force ou l'élément civil, soit en séjour, soit en transit; (...) »

L'article VIII dispose entre autres :

« (...) »

5. Les demandes d'indemnité (autres que celles résultant de l'application d'un contrat et que celles auxquelles les paragraphes 6 ou 7 du présent article sont applicables) du chef d'actes ou de négligences dont un membre d'une force ou un élément civil est responsable dans l'exécution du service ou du chef de tout autre acte, négligence ou incident dont une force ou un élément civil est légalement responsable et qui ont causé sur le territoire de l'Etat de séjour des dommages à un tiers autre que l'une des Parties Contractantes, seront réglées par l'Etat de séjour conformément aux dispositions suivantes :

a) Les demandes d'indemnités sont introduites, instruites et les décisions prises, conformément aux lois et règlements de l'Etat de séjour applicables en la matière à ses propres forces armées ;

b) L'Etat de séjour peut statuer sur ces dommages ; il procède au paiement des indemnités allouées dans sa propre monnaie ;

c) Ce paiement, qu'il résulte du règlement direct de l'affaire ou d'une décision de la juridiction compétente de l'Etat de séjour, ou la décision de la même juridiction déboutant le demandeur, lie définitivement les Parties Contractantes ;

d) Toute indemnité payée par l'Etat de séjour sera portée à la connaissance des Etats d'origine intéressés qui recevront en même temps un rapport circonstancié et une proposition de répartition établie conformément aux alinéas e) i., ii. et iii. ci-dessous. A défaut de réponse dans les deux mois, la proposition sera considérée comme acceptée ;

1. La Serbie n'est pas partie à ce traité.

e) La charge des indemnités versées pour la réparation des dommages visés aux alinéas précédents et au paragraphe 2 du présent article sera répartie entre les Parties Contractantes dans les conditions suivantes :

i. Quand un seul Etat d'origine est responsable, le montant de l'indemnité est réparti à concurrence de 25 pour cent pour l'Etat de séjour et 75 pour cent pour l'Etat d'origine ;

ii. Quand la responsabilité est encourue par plus d'un Etat, le montant de l'indemnité est réparti entre eux par parts égales ; toutefois, si l'Etat de séjour n'est pas un des Etats responsables, sa part sera la moitié de celle de chacun des Etats d'origine ;

iii. Si le dommage est causé par les forces armées des Parties Contractantes sans qu'il soit possible de l'attribuer d'une manière précise à l'une ou à plusieurs de ces forces armées, le montant de l'indemnité sera réparti également entre les Parties Contractantes intéressées ; toutefois, si l'Etat de séjour n'est pas un des Etats dont les forces armées ont causé le dommage, sa part sera la moitié de celle de chacun des Etats d'origine ;

iv. Semestriellement, un état des sommes payées par l'Etat de séjour au cours du semestre précédent pour les affaires pour lesquelles une répartition en pourcentage a été admise, sera adressé aux Etats d'origine intéressés accompagné d'une demande de remboursement. Le remboursement sera fait dans les plus brefs délais, dans la monnaie de l'Etat de séjour ;

f) Dans le cas où, par suite de l'application des dispositions des alinéas b) et e) ci-dessus, une Partie Contractante se verrait imposer une charge qui l'affecterait trop lourdement, elle peut demander au Conseil de l'Atlantique Nord de procéder à un règlement de l'affaire sur une base différente ;

g) Aucune voie d'exécution ne peut être pratiquée sur un membre d'une force ou d'un élément civil lorsqu'un jugement a été prononcé contre lui dans l'Etat de séjour s'il s'agit d'un litige né d'un acte accompli dans l'exécution du service ;

h) Excepté dans la mesure où l'alinéa e) du présent paragraphe s'applique aux demandes d'indemnité couvertes par le paragraphe 2 du présent article, les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent pas dans le cas de navigation, d'exploitation d'un navire, de chargement ou de déchargement ou de transport d'une cargaison, sauf s'il y a eu mort ou blessure d'une personne et que le paragraphe 4 ne soit pas applicable.

6. Les demandes d'indemnité contre les membres d'une force armée ou d'un élément civil fondées sur des actes dommageables ou des négligences qui n'ont pas été accomplis dans l'exécution du service sont réglées de la façon suivante :

a) Les autorités de l'Etat de séjour instruisent la demande d'indemnité et fixent d'une manière juste et équitable l'indemnité due au demandeur, en tenant compte de toutes les circonstances de la cause, y compris la conduite et le comportement de la personne lésée, et elles établissent un rapport sur l'affaire ;

b) Ce rapport est envoyé aux autorités de l'Etat d'origine qui décident alors sans délai si elles procéderont à une indemnisation à titre gracieux, et dans ce cas, en fixant le montant ;

c) Si une offre d'indemnité à titre gracieux est faite et acceptée à titre de dédommagement intégral par le demandeur, les autorités de l'Etat d'origine effectuent elles-mêmes ce paiement et font connaître aux autorités de l'Etat de séjour leur décision et le montant de la somme versée ;

d) Les dispositions du présent paragraphe ne s'opposent en rien à ce que la juridiction de l'Etat de séjour statue sur l'action qui pourrait être intentée contre un membre d'une force ou d'un élément civil pour autant toutefois qu'un paiement entièrement satisfaisant n'ait pas été effectué.

7. Les demandes d'indemnité fondées sur l'usage non autorisé de tout véhicule des forces armées d'un Etat d'origine seront traitées conformément aux dispositions du paragraphe 6 du présent article sauf dans le cas où la force elle-même ou l'élément civil est légalement responsable.

8. S'il y a contestation sur le point de savoir si l'acte dommageable ou la négligence d'un membre d'une force ou d'un élément civil ont été accomplis dans l'exécution du service ou sur le point de savoir si l'utilisation d'un véhicule appartenant aux forces armées d'un Etat d'origine n'avait pas été autorisée, l'affaire est portée devant un arbitre désigné conformément au paragraphe 2 b) du présent article, qui décide souverainement sur ce point.

9. Sauf dans les conditions prévues au paragraphe 5 g) du présent article, l'Etat d'origine ne peut, en ce qui concerne la juridiction civile des tribunaux de l'Etat de séjour, se prévaloir de l'immunité de juridiction des tribunaux de l'Etat de séjour en faveur des membres d'une force ou d'un élément civil.

10. Les autorités de l'Etat d'origine et de l'Etat de séjour se prêtent assistance pour la recherche des preuves nécessaires à un examen équitable et à une décision en ce qui concerne les demandes d'indemnités qui intéressent les Parties Contractantes. (...) »

EN DROIT

I. SUR LA RECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

A. Sur l'exception de non-épuisement des voies de recours internes

32. Le gouvernement défendeur fait observer qu'après l'arrêt de la Cour de cassation, qui concernait uniquement la juridiction vis-à-vis de l'Etat italien et non pas celle vis-à-vis de l'OTAN ou de l'AFSOUTH, les requérants n'ont pas repris dans les six mois la procédure contre l'OTAN, ce qui dénote un manque d'intérêt et constitue, quoique indirectement, une cause de non-épuisement des voies de recours internes qui leur étaient ouvertes en droit italien. A l'audience, le Gouvernement a également indiqué que la demande formulée par les requérants se fondait sur des articles pertinents pour entamer une procédure pénale mais qui ne pouvaient valablement être invoqués devant les juridictions civiles, ajoutant que les intéressés n'avaient pu produire aucun précédent prouvant qu'une demande telle que la leur eût été introduite avec succès.

33. Les requérants soulignent qu'ils avaient introduit une demande en réparation contre l'Etat italien et contre l'OTAN solidairement. Toutefois, l'OTAN ayant excipé de l'immunité des Quartiers Généraux de l'OTAN, ils avaient renoncé à l'action contre l'OTAN. Partant, l'action contre l'OTAN s'était éteinte définitivement. Cela n'avait toutefois aucune conséquence pour l'action contre l'Etat italien. Les requérants relèvent que le Gouvernement soutient la thèse paradoxale selon laquelle ils auraient dû continuer devant les juridictions nationales une procédure pour laquelle il n'y avait pas réellement, selon lui, de droit à faire valoir.

34. La Cour rappelle que, dans l'affaire *Banković et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants* ((déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII), qui avait pour origine les mêmes faits que la présente requête mais dans laquelle les requérants n'avaient pas introduit d'action devant les juridictions italiennes, le gouvernement italien avait excipé du non-épuisement des voies de recours internes en citant justement l'affaire *Marković* comme preuve de l'existence de cette voie de recours. La Cour note que les requérants en l'espèce ont bien exercé la voie de recours visée en menant aussi loin que possible la procédure qui avait selon eux le plus de chances de succès, l'OTAN ayant excipé au niveau national de son immunité.

35. En outre, il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible et susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et qu'il

présentait des perspectives raisonnables de succès (*Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 46, CEDH 2006-...).

En l'espèce, la Cour observe que le gouvernement défendeur n'a présenté aucun exemple concret de procédures en responsabilité civile contre l'OTAN qui auraient abouti. Partant, elle n'est pas convaincue par l'argument du gouvernement défendeur selon lequel la reprise de la procédure à l'encontre de l'OTAN aurait eu plus de chances de succès que celle dirigée contre l'Etat italien.

36. Dans ces conditions, la requête ne peut être rejetée pour non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 35 § 1 de la Convention.

B. Les requérants relevaient-ils de la « juridiction » de l'Etat défendeur au sens de l'article 1 de la Convention ?

1. La thèse du gouvernement défendeur

37. Le gouvernement défendeur soutient que la requête est irrecevable parce qu'incompatible avec les dispositions de la Convention. Il invite la Cour à appliquer en l'espèce sous l'angle de l'article 6 le même raisonnement que celui ayant conduit à déclarer irrecevables *ratione loci* dans l'affaire *Banković et autres* les griefs concernant des droits essentiels prévus dans la Convention.

38. La mention de l'article 1 dans les questions posées par la Cour aux parties et le lien qu'il y a sans doute avec la question relative à l'article 6 indiquent que, dans l'esprit de la Cour, il s'agit d'examiner la question de l'existence en l'espèce d'un droit d'accès au tribunal qui permette de défendre un droit conventionnel et non un quelconque droit de caractère civil. Si une personne ne relève pas d'une juridiction interne, elle n'a pas de droit d'accès à une voie de recours qui lui permette de demander aux autorités de cet Etat réparation du préjudice subi. Si un Etat n'est pas responsable d'un acte commis hors de son territoire, on ne peut lui reprocher, à plus forte raison, de ne pas accepter une requête dénonçant les conséquences d'un tel acte. Selon le gouvernement défendeur, la présente requête, comme l'affaire *Banković et autres*, doit donc être traitée dans son ensemble et doit être déclarée irrecevable, y compris pour ce qui a trait à l'article 6, sans que l'on retienne le fait que, contrairement aux requérants dans l'affaire *Banković et autres*, les requérants en l'espèce se sont placés dans le champ de la juridiction de l'Etat en s'adressant aux autorités pour réclamer réparation du dommage subi.

39. Le gouvernement défendeur note aussi que le mécanisme de prise de décisions à l'OTAN ne montre aucune participation de l'Italie au choix des différentes cibles et que toutes les opérations militaires ont été menées dans le respect du droit international humanitaire. Dans ces conditions, la

responsabilité conjointe de l'Italie était très difficile à établir à cet égard et il n'y avait donc pas de lien d'ordre juridictionnel entre les requérants et l'Etat.

40. Pour le gouvernement défendeur, il serait contradictoire, dans une affaire où il n'y a pas d'obligation de protéger un droit matériel, de trouver une obligation de protéger le droit procédural correspondant, c'est-à-dire d'instaurer des moyens permettant de revendiquer ce même droit substantiel devant les juridictions nationales.

41. Le gouvernement défendeur réitère en outre les exceptions déjà soulevées dans l'affaire *Banković et autres* en ce qui concerne la responsabilité individuelle des Etats pour les actes commis par une organisation internationale dont ils sont membres. Il observe qu'il serait contradictoire d'imputer, au titre de la Convention, à l'Etat – qui n'est pas responsable des agissements des organisations internationales dont il est membre – le fait de ne pas avoir pris de mesures sur le plan interne pour remédier aux effets de ces actes. En conséquence, le gouvernement défendeur estime que la requête doit être déclarée irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

2. La thèse des requérants

42. Les requérants invoquent l'exception de non-épuisement soulevée par le gouvernement défendeur lui-même dans l'affaire *Banković et autres* et qui équivalait, selon eux, à une reconnaissance, au moins au regard de l'ordre juridique interne, de ce qu'ils relevaient de la juridiction nationale. Du reste, le substitut du procureur général près la Cour de cassation était du même avis puisque dans son mémoire il a demandé le rejet de l'exception d'incompétence soulevée par la Présidence du Conseil des ministres.

43. Dans l'affaire *Banković et autres*, il n'y avait pas eu de saisine préalable d'une juridiction nationale. Selon les requérants, cette différence suffit à rendre incontestable qu'ils relèvent bien de la juridiction de l'Etat défendeur, au sens de l'article 1 de la Convention, et qu'en conséquence ils bénéficient de la protection de la Convention.

Les requérants estiment que la décision émanant de la juridiction suprême italienne est contraire à l'article 1 de la Convention, dans la mesure où elle fait obstacle à toute application concrète des dispositions de la Convention en droit interne.

3. La thèse des parties intervenantes

a) Le gouvernement de Serbie-Monténégro

44. Le gouvernement serbo-monténégrin a considéré que le grief tiré de l'article 6 de la Convention n'était pas incompatible *ratione loci* avec les dispositions de la Convention. Il a souligné que les faits avaient été commis soit sur le territoire de la Serbie-Monténégro soit sur le territoire de l'Italie,

leurs effets s'étant quant à eux produits uniquement en Serbie-Monténégro. Selon lui, le premier élément que la Cour devrait juger important est le fait que les avions qui ont bombardé le bâtiment de la RTS ont décollé d'Italie, où la décision de l'opération avait été prise en coordination avec le Quartier Général de l'OTAN à Bruxelles. Le fait en question comprend également toute la préparation matérielle et logistique de l'opération, qui a entraîné le décès de seize personnes. A l'époque, l'Italie et les autres pays membres de l'OTAN contrôlaient totalement l'utilisation des armes dans l'espace aérien de la Serbie-Monténégro, mais c'était en définitive l'Italie qui avait la capacité aérienne de bombarder le bâtiment de la RTS. Ces éléments indiquent clairement le lien entre les faits litigieux et l'Italie, même si les conséquences ne se sont produites qu'en Serbie. La présente affaire est donc suffisamment distincte de l'affaire *Banković et autres* (précitée) pour mériter une conclusion différente propre à éviter un déni de justice. Le gouvernement serbo-monténégrin en a déduit qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un acte exclusivement extraterritorial.

b) Le gouvernement du Royaume-Uni

45. Le gouvernement britannique rappelle la décision adoptée à l'unanimité par la Cour dans l'affaire *Banković et autres*, aux termes de laquelle toutes les dispositions de la Convention doivent être lues à la lumière de l'article 1 de la Convention, qui définit le champ de leur application. Partant, comme l'a décidé la Cour dans l'affaire *Banković et autres* et dans sa décision antérieure en l'espèce (voir le paragraphe 4 ci-dessus), les droits et libertés garantis par la Convention ne s'appliquent pas aux incidents tels que les attaques – dans le cadre d'un conflit armé – contre des bâtiments se trouvant en dehors du territoire des Etats contractants concernés, les victimes ne relevant pas de la juridiction des Etats contractants en question.

46. Une fois établi que la Convention n'est pas applicable dans ce cas, les requérants ne jouissent d'aucun droit en vertu de la Convention. Par conséquent, il ne peut peser sur les Etats Parties à la Convention aucune obligation d'offrir un recours devant leurs tribunaux pour faire valoir semblable droit.

47. Il est donc entièrement logique que la Grande Chambre, dans l'affaire *Banković et autres*, ait déclaré la requête irrecevable au titre de l'article 13, après avoir conclu qu'elle n'entrait pas dans le champ d'application des articles 2 et 10. Se référant à l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 29392/95, § 103, CEDH 2001-V), le gouvernement du Royaume-Uni considère que dans la mesure où l'article 6, contrairement à l'article 13, joue un rôle distinct dans la défense de droits relevant d'autres dispositions de la Convention, la réponse doit être la même pour cet article.

48. Peu importe que le requérant entre ultérieurement sur le territoire d'un Etat contractant et tente d'y engager une action. Qu'il puisse relever de la juridiction de cet Etat contractant dès son entrée sur le territoire ne rend pas pour autant la Convention applicable alors qu'elle ne l'était pas au moment où les faits se sont produits. Cela ne change pas non plus le fait qu'au moment de l'incident la personne ne relevait pas de la juridiction de cet Etat et que celui-ci n'avait donc aucune obligation, en vertu de l'article 1, de lui garantir les droits et libertés énoncés dans la Convention. Ni l'article 13 ni l'article 6 n'obligent un Etat contractant à offrir un recours pour dénoncer la violation d'autres dispositions de la Convention si les faits en question n'entrent pas dans le champ d'application de ces dernières tel qu'il se dégage de l'article 1.

4. *L'appréciation de la Cour*

49. La Cour rappelle que dans l'affaire *Banković et autres* elle avait indiqué qu'« en ce qui concerne le « sens ordinaire » des termes pertinents figurant à l'article 1 de la Convention, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale. Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres Etats concernés ».

50. Elle avait déclaré l'inexistence d'un « lien juridictionnel », au sens de l'article 1 de la Convention, entre les personnes qui avaient été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs et avait conclu que l'action en cause n'engageait pas la responsabilité de ceux-ci au regard de la Convention. Sur la base de ce constat, elle avait jugé ne pas devoir examiner les autres questions de recevabilité soulevées par les parties.

51. Quant aux autres griefs formulés par les requérants dans la présente requête (voir le paragraphe 4 ci-dessus), la Cour les a déclarés irrecevables au motif que les circonstances particulières de l'affaire, notamment la saisine des juridictions italiennes par les intéressés, ne permettaient pas de s'écarter de cette jurisprudence.

52. Toutefois, en ce qui concerne le grief tiré de l'article 6 en relation avec l'article 1 de la Convention, elle rappelle que le gouvernement défendeur avait, dans l'affaire *Banković et autres*, souligné la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions nationales italiennes, ce qui portait à croire que pour des griefs autres que ceux invoqués alors l'existence d'un lien juridictionnel n'était pas à exclure. De fait, les requérants étaient déjà en cours d'instance devant les juridictions nationales.

53. La Cour ne partage pas l'avis des gouvernements italien et britannique selon lequel le fait pour une personne d'engager par la suite une procédure au niveau national n'entraîne pour l'Etat aucune obligation à l'égard de cette personne. Tout dépend des droits que l'Etat en question permet de revendiquer. Si le droit interne reconnaît la possibilité d'engager une action et si le droit revendiqué est un droit ayant a priori les caractéristiques requises par l'article 6 de la Convention, la Cour ne voit pas pourquoi cette procédure interne devrait être évaluée différemment de toute autre procédure intentée au niveau national.

54. Même si le caractère extraterritorial des faits éventuellement à l'origine de l'action peut avoir des conséquences sur l'applicabilité de l'article 6 et sur le résultat final de la procédure, il ne peut en aucun cas en avoir sur la compétence *ratione loci* et *ratione personae* de l'Etat en question. Du fait de l'existence d'une procédure civile devant les juridictions nationales, l'Etat est tenu de par l'article 1 de la Convention de garantir dans le cadre de cette procédure le respect des droits protégés par l'article 6.

La Cour estime qu'à partir du moment où une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un Etat, il existe indiscutablement un « lien juridictionnel » au sens de l'article 1 de la Convention, et ce sans préjuger de l'issue de la procédure.

55. Or en l'espèce les requérants avaient intenté une action devant les juridictions civiles italiennes. Partant, il y avait bien un « lien juridictionnel » entre eux et l'Etat italien.

56. Dans ces conditions, les exceptions d'irrecevabilité du gouvernement défendeur ayant trait à l'inexistence d'un « lien juridictionnel » doivent être rejetées.

C. Sur l'applicabilité de l'article 6 à la procédure litigieuse

1. La thèse du gouvernement défendeur

57. Le gouvernement défendeur estime tout d'abord que les articles 6 et 13 ne s'appliquent pas lorsque des actes politiques sont en cause. Invoquant l'arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni* précité, il estime que la notion d'acte politique ne doit pas être considérée comme constituant un « obstacle procédural » au pouvoir des juridictions nationales de statuer sur un droit matériel mais comme un facteur de restriction de ce droit.

58. Il souligne enfin qu'il n'y avait pas en l'espèce de droit de caractère civil que l'on pourrait dire, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne.

59. A cela le gouvernement défendeur invoque trois raisons : la première est qu'un droit à réparation de dommages dus à un acte de guerre supposé être illégal n'existe ni dans les règles du droit international applicables en l'espèce ni en droit interne italien ; la deuxième est que l'acte contesté est

imputable à l'OTAN et non à l'Etat italien ; enfin, la troisième est que le droit invoqué par les requérants n'est pas reconnu en droit national car la théorie de l'acte politique s'opposait *in limine* à l'action contre l'Etat.

2. *La thèse des requérants*

60. Les requérants soulignent que, pour savoir si dans l'ordre juridique interne leur demande était bien ou mal fondée, il aurait fallu permettre à un tribunal de se prononcer sur cette question ; or la décision de la Cour de cassation les a empêchés de faire valoir devant les juridictions italiennes un droit reconnu par l'article 2043 du code civil. Cette décision est d'ailleurs contraire à la jurisprudence antérieure et postérieure à leur affaire. Ils déduisent de l'arrêt de la Cour de cassation n° 5044 du 11 mars 2004 (voir le paragraphe 28 ci-dessus), d'une part, que l'immunité juridictionnelle ne peut jamais outrepasser la limite de la loi pénale et que la responsabilité civile pour des faits criminels ne peut donc jamais être exclue et, d'autre part, que les règles d'origine internationale qui protègent les droits fondamentaux de l'homme font partie intégrante de l'ordre italien et peuvent donc être utilisées comme paramètre pour dénoncer le dommage causé par des faits criminels ou par imprudence. Partant, ceux qui allèguent la violation d'un droit garanti par le biais de telles normes ont toujours accès à la protection juridictionnelle.

61. Les intéressés rappellent également le comportement pour le moins ambigu du gouvernement défendeur qui, dans l'affaire *Banković et autres*, avait excipé du non-épuisement des voies de recours internes en se référant à leur propre procédure interne pendante à cette époque devant la Cour de cassation, et qui maintenant soutient la thèse selon laquelle il n'y aurait pas eu de droit à faire valoir devant le juge national alors qu'il semblait convaincu du contraire lorsque la procédure était pendante. Lors de l'introduction de leur instance au niveau national, les requérants pouvaient donc valablement espérer avoir un droit pour le moins défendable puisque même le gouvernement défendeur en était persuadé au point de s'en prévaloir devant les instances internationales.

3. *La thèse des parties intervenantes*

a) **Le gouvernement de Serbie-Monténégro**

62. Le gouvernement serbo-monténégrin a relevé que depuis les événements en cause la Serbie-Monténégro était devenue Partie à la Convention et que ses citoyens devaient avoir la possibilité de faire respecter leurs droits non seulement devant les juridictions de leur Etat d'origine mais également devant les juridictions des autres Etats Parties à la Convention dans tous les cas où il existait une base légale pour le faire.

b) Le gouvernement du Royaume-Uni

63. Le gouvernement britannique considère que l'article 6 § 1 ne transforme pas les organes de la Convention en une cour d'appel des décisions des tribunaux nationaux qui statuerait sur le contenu du droit applicable devant ces juridictions, que ce droit soit interne ou qu'il découle du droit international public. Il estime que les règles générales sur la responsabilité, en ce qu'elles exonèrent l'Etat pour ses actes politiques, n'entrent absolument pas dans le champ d'application de l'article 6 § 1.

4. L'appréciation de la Cour

64. La Cour considère que l'exception tirée de l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec les dispositions de la Convention est très étroitement liée à la substance du grief énoncé par les requérants sur le terrain de l'article 6 de la Convention. Partant, elle estime opportun de joindre cette exception au fond (voir, notamment, *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 19, et *Ferrazzini c. Italie* [GC], n° 44759/98, § 18, CEDH 2001-VII).

65. La Cour estime en outre que le grief soulève des questions de fait et de droit qui nécessitent un examen au fond. Elle conclut par conséquent qu'il n'est pas manifestement mal fondé. Constatant de surcroît qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle déclare le restant de la requête recevable (*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 45, CEDH 2004-VIII). Conformément à sa décision d'appliquer l'article 29 § 3 de la Convention (paragraphe 6 ci-dessus), elle se penchera d'emblée sur le bien-fondé du grief des requérants (*Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], nos 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, § 162, CEDH 2003-VI).

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION, EN RELATION AVEC L'ARTICLE 1

66. En invoquant l'article 6 de la Convention, en relation avec l'article 1, les requérants se plaignent de la décision de la Cour de cassation ayant déclaré le défaut de juridiction des cours et tribunaux italiens.

Dans ses parties pertinentes, l'article 6 se lit comme suit :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

L'article 1 est ainsi libellé :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

A. Thèses des parties

1. La thèse des requérants

67. Les requérants soulignent que le substitut du procureur général près la Cour de cassation a constaté dans ses conclusions que les questions soulevées concernaient le fond de la question et non la juridiction. Par ailleurs, selon le droit interne, pour pouvoir exercer l'action civile en indemnisation du dommage résultant d'un délit, il n'est pas nécessaire que le fait criminel soit vérifié au cours du procès pénal ou qu'il y ait eu condamnation du responsable par une juridiction pénale. Par conséquent, les requérants pouvaient tout à fait demander réparation des dommages subis sans avoir au préalable ouvert de procédure pénale afin de voir établir les responsabilités pénales individuelles, ces actions étant complètement indépendantes.

68. Les intéressés estiment que toutes les conditions requises par l'article 6 de la Convention sont remplies pour que l'on puisse reconnaître qu'ils ont demandé au tribunal de Rome de se prononcer sur un droit de caractère civil. Comme ils ont engagé une simple action en réparation du dommage moral découlant d'un fait illicite, il n'y a selon eux aucun doute qu'ils ont invoqué un droit protégé au niveau national et soumis à la pleine juridiction des juges lorsque le défendeur réside en Italie. De plus, à supposer que l'on veuille examiner la question sous un aspect territorial, c'est-à-dire en fonction du *locus commissi delicti*, l'article 6 du code pénal italien permet d'agir quand bien même le fait a été commis en partie seulement sur le territoire italien. Or le bombardement n'aurait pas pu avoir lieu sans l'accord des autorités politiques italiennes et sans les facilités militaires mises à la disposition de l'OTAN par l'Italie puisque les avions sont partis du territoire italien. En outre, en vertu de l'article 185 du code pénal italien, les infractions doivent être réparées selon les règles du droit civil. Partant, les requérants invoquaient bien un droit de caractère civil et c'est parce qu'elle ne pouvait soutenir le contraire que la Cour de cassation a déclaré le défaut de juridiction en prenant le contre-pied des réquisitions du substitut du procureur général.

69. Les requérants soutiennent qu'en droit italien, comme cela ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure et postérieure à l'arrêt dans l'affaire *Markovic*, l'absence totale de juridiction de tel ou tel juge national s'impose uniquement en l'absence dans l'ordre juridique interne de normes ou principes théoriquement aptes à protéger le droit subjectif défendu en justice (arrêts de la Cour de cassation siégeant en Assemblée plénière du 31 mai 1985 (n° 3316) et du 24 octobre 1988 (n° 5740)). Dans le cas des requérants, par contre, la Cour de cassation, pour accueillir le recours du gouvernement et refuser l'accès à un tribunal, a dû ignorer les dispositions du droit interne et international sur lesquelles se fondaient les

requérants pour demander l'indemnisation des dommages résultant d'une activité de l'administration publique italienne, activité consistant non seulement dans le bombardement de la Radiotélévision serbe, mais également dans tous les actes préparatoires réalisés en Italie avec l'autorisation et la collaboration des autorités italiennes (articles 2043 du code civil, 6 du code pénal et 174 du code pénal militaire en temps de guerre). Pour ce faire, la Cour de cassation a privé la Convention européenne des Droits de l'Homme de tout effet en droit interne, statuant ainsi en contradiction avec la jurisprudence de la présente Cour, selon laquelle le respect des droits prévus dans la Convention doit être assuré en substance par les Etats Parties. Par ailleurs, la Cour de cassation a qualifié la conduite de l'Etat à l'origine de la demande d'« acte de gouvernement ». Elle en a tiré la conséquence que celui-ci ne pouvait être attaqué devant les tribunaux et a affirmé qu'un tel principe prévalait sur la Convention européenne des Droits de l'Homme, empêchant que n'en dérive pour les requérants un droit d'accès à un tribunal.

70. Il s'agirait là d'une affirmation qui nie la primauté de la Convention ; or cette primauté découle également, en droit interne, de l'article 117 de la Constitution selon lequel « le pouvoir législatif est exercé par l'Etat et par les régions, dans le respect de la Constitution ainsi que des liens découlant de l'organisation communautaire et des autres obligations internationales ». En outre, on ne peut qualifier en droit interne le bombardement du siège de la Radiotélévision serbe d'acte de gouvernement pour exclure un contrôle juridictionnel. L'acte de gouvernement en droit italien exclut la juridiction du juge administratif, et uniquement du juge administratif, étant donné que seul un tel juge prend directement en considération l'acte de gouvernement ou peut l'annuler. L'article 31 du Décret royal n° 1054 du 26 juin 1924 introduit en fait une limitation de la légalité qui ne concerne pas les droits subjectifs pouvant, comme le droit à l'indemnisation du dommage, être soumis aux juridictions judiciaires. En tout cas, même si l'on peut retenir que la limitation juridictionnelle est encore prévue dans le système italien après l'entrée en vigueur de la Constitution, elle pourrait concerner l'acte de gouvernement qui décide de la participation italienne aux opérations militaires dans l'ex-République fédérale de Yougoslavie, mais non chaque acte isolé ou opération militaire, comme l'opération qui se trouve à l'origine de la présente affaire. Une telle mission de bombardement ne peut en réalité être qualifiée d'acte de gouvernement échappant aux juridictions. Dans une affaire analogue, la juridiction du juge italien n'a pas été exclue pour des faits illicites sur le plan pénal commis par des soldats italiens au cours de la mission militaire internationale en Somalie. Ainsi, le cadre du droit interne et de la Convention, selon les requérants, ne justifie pas l'exclusion d'un droit d'accès aux juges pour faire valoir un droit à indemnisation d'un dommage dérivant d'actes de l'administration publique, même quand ces derniers s'inscrivent dans le cadre d'une décision de nature politique. En

réalité, il convient de distinguer entre le fond de la demande présentée au juge et la question de la juridiction. Quant à la question générale des effets de la Convention en droit interne, les requérants soulignent la gravité des affirmations que contient l'arrêt de la Cour de cassation, qui a nié toute juridiction, et ils relèvent que cette jurisprudence est en contradiction avec les arrêts précédents de la même Cour de cassation (arrêts Polo Castro de 1988, Mediano de 1993, Galeotti de 1998, et d'autres encore) et pourrait, si elle devait se confirmer, avoir de graves répercussions, au-delà du cas d'espèce, étant donné le caractère suprême de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Les requérants font toutefois observer que la Cour de cassation a abandonné dans ses arrêts postérieurs l'orientation prise dans l'affaire Markovic, ce qui met encore en évidence l'injustice subie par eux.

2. La thèse du gouvernement défendeur

71. Pour le gouvernement défendeur, l'article 6 n'est pas applicable. Tout d'abord parce que le droit invoqué par les requérants est un droit dont on ne peut valablement affirmer qu'il est reconnu en droit interne.

72. Les requérants se sont fondés sur les articles 2043 du code civil, 6 et 185 du code pénal et 174 du code pénal militaire en temps de guerre. Quant à l'article 2043, la responsabilité délictuelle de l'Etat est déclenchée uniquement par un acte délictueux ou une négligence dont l'Etat est tenu d'assumer les conséquences sur la base de l'une ou l'autre disposition du droit interne ; or les dispositions invoquées n'ouvrent aucun droit à obtenir réparation de préjudices causés par un acte de guerre dont on allègue l'illégalité.

73. L'article 6 du code pénal a pour effet d'établir et de déterminer la portée de la compétence territoriale de l'Etat aux fins du droit pénal. Le gouvernement défendeur considère que l'on ne peut imputer la violation du droit d'accès à un tribunal à l'Italie en se fondant sur le fait que le droit interne italien prévoit une plus grande possibilité d'accès au tribunal en ce qu'il ménage, par le biais de l'article 6 § 2 du code pénal, un recours qui permet d'obtenir une indemnisation aussi des dommages découlant d'actes commis en dehors du territoire national, possibilité que d'autres droits nationaux ne reconnaissent pas. Par ailleurs, l'application conjointe de l'article 174 du code pénal militaire en temps de guerre et de l'article 185 du code pénal permettrait d'engager la responsabilité de l'Etat pour des faits commis par les membres de ses forces armées.

74. Les dispositions dont se prévalent les requérants concernent toutes la commission d'un délit de caractère individuel alors que, dans la procédure en question, le grief des intéressés vise un acte dommageable commis par les forces aériennes de l'OTAN et dont on ne peut soutenir qu'il implique la responsabilité pénale individuelle des membres des forces armées italiennes. Le gouvernement défendeur relève au demeurant que la jurisprudence dont font état les requérants n'est absolument pas pertinente puisqu'elle concerne soit des affaires où était en cause la responsabilité individuelle d'un membre des forces militaires, soit des affaires où la responsabilité civile de l'Etat n'a pas été établie.

75. Le droit à réparation invoqué par les requérants ne trouve pas davantage de base légale dans les règles applicables du droit international coutumier. Devant les juridictions nationales, les requérants se sont référés aux articles 35, 48, 51 et 91 du Protocole n° I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Ces dispositions limitent le droit des parties au conflit de choisir les méthodes ou moyens de mener la guerre en rendant illégal le fait de diriger leurs opérations contre des objectifs non militaires. L'intention était de créer des droits et des obligations uniquement au niveau des Etats entre eux et non de conférer des droits aux individus, cela même lorsqu'il s'agit d'une obligation de réparation. Les dispositions en question n'emportent pas de droit subjectif à obtenir devant les tribunaux de l'Etat responsable réparation pour des dommages de guerre, ni n'impose aux Etats parties l'obligation de modifier leur droit interne à cet effet.

76. Le droit à la réparation de dommages dus à un acte de guerre prétendument illégal, même s'il pourrait être souhaitable, n'existe pas actuellement en droit italien, et l'Italie n'est pas tenue en vertu d'une obligation internationale d'introduire un tel droit dans son ordre juridique interne. Arriver à la conclusion contraire reviendrait à créer, par une interprétation de l'article 6, un droit matériel qui n'a pas de fondement dans le droit du pays concerné. Or l'article 6 ne crée pas de droits. Par ailleurs, déduire de l'article 6 de la Convention le droit d'accès à un tribunal pour plaider la responsabilité à raison d'un fait illicite de l'Etat, même dans les cas où l'atteinte à un droit de caractère civil dérive d'actes de politique internationale, y compris ceux de maintien ou d'instauration de la paix, nuirait à l'exigence pour les gouvernements d'entreprendre des actions de coopération internationale en la matière.

77. Dans la mesure où l'acte attaqué était un acte extraterritorial et de surcroît commis par une organisation internationale dont l'Italie est membre, la responsabilité conjointe de l'Italie est très difficile à établir. La possibilité d'engager avec succès une procédure en Italie pour contester la légalité de l'action menée par les forces de l'OTAN au Kosovo était une perspective lointaine et improbable. Les requérants n'ont d'ailleurs produit aucun précédent où les plaignants auraient eu gain de cause. Invoquant la jurisprudence *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* ([GC],

n° 42527/98, CEDH 2001-VIII), le gouvernement défendeur estime donc impossible d'affirmer qu'il existe un lien suffisant entre l'issue de la procédure et la reconnaissance des droits revendiqués par les requérants.

78. Enfin, le litige n'était pas susceptible d'être porté devant la justice. La Cour de cassation a considéré que la question fondamentale sous-jacente au grief des requérants était de savoir si l'acte attaqué était illégal et engageait la responsabilité de l'Etat italien ; elle a considéré qu'il s'agissait d'un « acte politique » qui ne relevait donc pas de la justice. Ce faisant, la Cour de cassation n'a pas fixé de limite au droit d'accès à un tribunal mais a défini la portée du droit matériel revendiqué par les requérants. Selon le gouvernement défendeur, la théorie de l'acte politique ne crée pas d'obstacle procédural supprimant ou limitant les possibilités de soumettre d'éventuels griefs à la justice, mais s'oppose *in limine* à l'action contre l'Etat.

79. Quant au bien-fondé du grief et à supposer que la Cour estime, en dépit de ce qui précède, que l'article 6 de la Convention s'applique au cas d'espèce, le gouvernement défendeur considère qu'il n'y a pas eu violation de cet article et que la restriction subie par les requérants dans l'exercice de leur droit d'accès à un tribunal répond à une exigence de l'Etat de droit et au principe de la séparation des pouvoirs et qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi.

80. Selon le gouvernement défendeur, le défaut de juridiction des tribunaux nationaux ne conduit pas à méconnaître le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention. En effet, ce droit n'est pas illimité, mais admet une réglementation pour laquelle l'Etat dispose d'une certaine marge d'appréciation. En Italie, l'Etat, le gouvernement ou l'administration publique ne jouissent pas d'une quelconque forme généralisée d'immunité de juridiction. Le défaut de juridiction des tribunaux italiens retenu par la Cour de cassation dans la présente affaire n'est pas une restriction qui s'applique à une demande d'indemnisation du préjudice dirigée contre l'Etat en tant que tel ; il se rapporte seulement à une catégorie, très restreinte, d'actes exprimant, au plus haut niveau, la « puissance étatique ». Il s'agit d'actes « politiques » qui concernent l'Etat dans son unité, par rapport à laquelle le pouvoir judiciaire ne peut être considéré comme une « tierce personne ». La loi constitue un exemple typique d'« acte de gouvernement » pouvant causer un dommage à des individus ; or la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que la Convention ne va pas jusqu'à imposer une voie de recours pour contester une loi.

81. D'autres actes expriment au plus haut niveau la « puissance étatique » ; ce sont les actes de politique internationale et, à travers eux, les actes de guerre. Le principe qui veut que les actes exprimant des choix politiques fondamentaux de l'Etat soient légitimement exclus de la compétence judiciaire est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs et de la nécessité de ne pas impliquer le pouvoir judiciaire, par définition dépourvu de légitimité démocratique, dans l'identification des

objectifs d'intérêt général et dans le choix des moyens de les atteindre. En résumé, le pouvoir judiciaire ne peut être impliqué, même *a posteriori*, dans l'activité de direction de la politique nationale.

82. La limitation de l'accès aux tribunaux en tant que conséquence de la nature politique de l'acte incriminé a ainsi un objectif légitime. Quant au critère de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché, il faut remarquer que cette exemption de juridiction ne porte pas atteinte à l'essence même du droit d'accès des individus à un tribunal, puisqu'elle n'entrave pas l'accès à une série d'actions civiles et ne confère pas des immunités à un vaste groupe de personnes, mais ne vaut que pour une catégorie limitée et très strictement définie d'actions civiles dirigées contre l'Etat. Il ne fait d'ailleurs pas de doute que le but poursuivi par la théorie de l'acte politique ne peut être réalisé qu'au moyen d'une exemption de la juridiction des tribunaux. Pour toutes ces raisons, il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

B. La thèse des parties intervenantes

1. Le gouvernement de Serbie-Monténégro

83. Le gouvernement serbo-monténégrin a rappelé que le principe de la réparation des dommages est une notion fondamentale dont l'origine remonte au principe *neminem laedere* du droit romain, principe général de droit reconnu par les nations civilisées. Selon lui, la Cour a appliqué ce principe dans l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* (arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII) lorsqu'elle a estimé qu'un Etat – qui s'octroie l'immunité en cas d'action en responsabilité en excipant d'une immunité d'intérêt public – doit prévoir d'autres moyens pour les individus qui ont souffert un dommage du fait d'un acte ou d'une omission de l'Etat d'obtenir réparation de ce dommage.

84. Il a souligné en outre que le principe de la prééminence du droit énoncé à l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe explique l'essence même de l'article 6 de la Convention. Il estime difficile d'imaginer ce principe sans accès à un tribunal et se réfère à l'arrêt *Fayed c. Royaume-Uni* (arrêt du 21 septembre 1994, série A n° 294-B, pp. 49-50, § 65), dans lequel la Cour a considéré « qu'un Etat puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge ».

85. Enfin il a fait remarquer qu'en Serbie-Monténégro, les juridictions civiles ou constitutionnelle ne pouvaient pas refuser de trancher une question en prétextant un acte de gouvernement. Le seul problème qui pourrait se poser est celui de savoir si, au niveau interne, il y a des normes permettant le contrôle de ces actes. L'adoption de la doctrine de l'acte de gouvernement limiterait considérablement le but poursuivi par l'application de la loi en ce qui concerne l'accès et l'effectivité des voies de recours telles que garanties par la Convention. Une telle doctrine, de par sa nature, justifierait une absence de contrôle sur les actes de mise en œuvre de la politique étrangère en faisant jouer la « raison d'Etat », ce qui rendrait impossible la protection des droits de l'homme. La Serbie-Monténégro a considéré que la doctrine de l'Etat de droit devait prévaloir sur celle de la raison d'Etat.

2. *Le gouvernement du Royaume-Uni*

86. Selon le gouvernement britannique, la législation nationale établissant qu'une personne n'a pas droit à un dédommagement ou, partant, que l'Etat n'est pas responsable de ses actes accomplis dans le cadre de ses relations internationales n'est pas contraire à l'article 6 § 1.

87. Le gouvernement britannique fait observer que ce genre de règle se retrouve couramment dans la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe et aussi d'autres pays, même si sa formulation varie selon les systèmes juridiques (par exemple, elle peut disposer que les décisions prises dans le cadre des relations internationales ne relèvent pas de la compétence des tribunaux ou que telle règle générale sur la responsabilité n'englobe pas les préjudices causés par des actes de guerre ou autres actions de l'Etat conduites dans le cadre de ses relations internationales).

88. Quelle que soit la formule, une telle règle limite le champ d'application du droit matériel de l'Etat concerné et non le droit d'accéder aux tribunaux pour faire appliquer ce droit matériel. D'après le gouvernement britannique, la position de fond est très proche de celle adoptée dans *Z c. Royaume-Uni* (précité). Tout comme la règle restrictive du droit anglais dont il était question dans *Z*, la législation nationale disposant que l'Etat n'est pas tenu de dédommager les personnes ayant souffert de pertes à la suite de décisions qu'il a prises dans le cadre de ses relations internationales limite le champ d'application des règles générales sur la responsabilité en exonérant l'Etat pour ses actes de politique publique. Pour le gouvernement britannique, estimer qu'une telle règle est contraire à l'article 6 § 1 reviendrait à aller à l'encontre de ce que la Cour n'a cessé de répéter ne pas pouvoir faire, à savoir créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel n'ayant aucun fondement dans la législation de l'Etat contractant concerné.

89. Le gouvernement britannique pense que des règles semblables à celle mentionnée ci-dessus n'entrent absolument pas dans le champ d'application de l'article 6 § 1 et que si la Cour devait être d'un avis contraire, il conviendrait de les considérer comme des restrictions raisonnables et proportionnées du champ d'application de l'article 6 § 1 qui protège des droits indispensables dans une société démocratique.

90. Le gouvernement britannique a déjà fait observer que nombre de systèmes juridiques nationaux contiennent une règle similaire à celle que les tribunaux italiens ont appliquée en l'espèce. A quoi il faut ajouter que ce type de réglementation répond à un intérêt public manifeste dans un Etat démocratique en ce qu'il définit la nature de la séparation des pouvoirs respectifs de la justice et de l'exécutif en matière de relations internationales et d'activités militaires.

91. De l'avis du gouvernement britannique, une telle règle ne peut passer pour porter atteinte à l'article 6 § 1 de la Convention.

C. L'appréciation de la Cour

1. Principes généraux

92. Le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 qui est ici en cause a été défini dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* (arrêt du 21 février 1975, série A n° 18, pp. 13-18, §§ 28-36). Se référant aux principes de la prééminence du droit et de l'interdiction de tout pouvoir arbitraire qui sous-tendent pour une bonne part la Convention, la Cour y avait conclu que le droit d'accès à un tribunal était un élément inhérent aux garanties consacrées par l'article 6. Ainsi, l'article 6 § 1 garantit à chacun le droit de faire statuer par un tribunal sur toute contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil.

93. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, l'article 6 § 1 ne vaut que pour les « contestations » relatives à des « droits et obligations » – de caractère civil – que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne ; il n'assure par lui-même aux « droits et obligations » (de caractère civil) aucun contenu matériel déterminé dans l'ordre juridique des Etats contractants (arrêts *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, série A n° 98, pp. 46-47, § 81 ; *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, série A n° 102, p. 70, § 192 ; et *Les Saints Monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A n° 301-A, pp. 36-37, § 80). La Cour ne saurait créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel n'ayant aucune base légale dans l'Etat concerné (*Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, §§ 116-117, CEDH 2005-X). Toutefois, il ne s'applique qu'à des contestations « réelles et sérieuses » portant aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses

modalités d'exercice (*Bentham c. Pays-Bas*, arrêt du 23 octobre 1985, série A n° 97, pp. 14-15, § 32, arrêt *Z et autres*, précité, § 87).

94. La distinction entre limitations matérielles et barrières procédurales détermine l'applicabilité et, le cas échéant, la portée des garanties de l'article 6. Le fait que les circonstances et les griefs propres à une affaire peuvent rendre inutile l'établissement d'une distinction entre limitations matérielles et barrières procédurales (voir, par exemple, *A c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, § 65, CEDH 2002-X) n'a aucune incidence sur la portée de l'article 6 de la Convention, lequel, en principe, ne peut s'appliquer aux limitations matérielles d'un droit consacré par la législation interne.

95. Dès lors, pour apprécier s'il existe un « droit » de caractère civil et déterminer quelle est la qualification (matérielle ou procédurale) à donner à la restriction en cause, il faut prendre pour point de départ les dispositions du droit national pertinent et l'interprétation qu'en font les juridictions internes (*Masson et Van Zon c. Pays-Bas*, arrêt du 28 septembre 1995, série A n° 327-A, p. 19, § 49). Lorsque de surcroît les juridictions nationales supérieures ont analysé de manière complète et convaincante la nature précise de la restriction litigieuse, en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente issue de la Convention et sur les principes qui en découlent, la Cour doit avoir des motifs très sérieux pour prendre le contre-pied de ces juridictions en leur substituant ses propres vues sur une question d'interprétation du droit interne (arrêt *Z et autres* précité, § 101) et en jugeant, contrairement à elles, que la personne concernée pouvait prétendre de manière défendable posséder un droit reconnu par la législation interne.

96. Enfin, dans cette appréciation, il faut, par-delà les apparences et le vocabulaire employé, s'attacher à cerner la réalité (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt du 24 juin 1982, série A n° 50, § 38). En particulier, la Cour ne doit pas se laisser indûment influencer par les techniques législatives employées (arrêt *Fayed* précité, § 67) ou par la manière dont le droit interne qualifie la restriction en question : le terme fréquent d'« immunité » désigne tantôt une « exonération de responsabilité » (en principe, il s'agit d'une limitation matérielle), tantôt une « immunité de poursuites » (qui suggère une limitation procédurale) (arrêt *Roche* précité, §§ 119-121).

97. Néanmoins, qu'un Etat puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge (arrêt *Fayed* précité, pp. 49-50, § 65).

98. L'article 6 § 1 peut aussi être invoqué par « quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits (de caractère civil), se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1 » (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43, p. 20, § 44). Lorsqu'il y a, au sujet de la légalité d'une telle ingérence, une contestation réelle et sérieuse, qu'elle soit relative à l'existence même ou à la portée du droit de caractère civil revendiqué, le justiciable a droit, en vertu de l'article 6 § 1, « à ce qu'un tribunal tranch[e] cette question de droit interne » (*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52, p. 30, § 81 ; voir également *Tre Traktörer AB c. Suède*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 159, p. 18, § 40).

99. Toutefois, ce droit n'est pas absolu. Il peut être soumis à des restrictions légitimes, tels des délais légaux de prescription, des ordonnances prescrivant le versement d'une caution *judicatum solvi*, des réglementations concernant les mineurs ou les handicapés mentaux (arrêts *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV, pp. 1502-1503, §§ 51-52 ; *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, série A n° 316-B, pp. 80-81, §§ 62-67 ; *Golder* précité, p. 19, § 39). Lorsque l'accès de l'individu au juge est restreint par la loi ou dans les faits, la Cour examine si la restriction touche à la substance du droit et, en particulier, si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 93, pp. 24-25, § 57). Si la restriction est compatible avec ces principes, il n'y a pas violation de l'article 6 (arrêt *Z et autres*, précité, §§ 92-93).

2. Application à l'espèce

a) Applicabilité de l'article 6 de la Convention

100. En l'espèce, les requérants ont réclamé des dommages-intérêts en vertu de l'article 2043 du code civil afin d'invoquer la responsabilité délictuelle de l'Etat et ils ont renforcé leur demande en s'appuyant sur les articles 6 du code pénal, 174 du code pénal militaire en temps de guerre et sur les dispositions du Protocole n° I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève et de la Convention de Londres de 1951 (voir les paragraphes 22-25 et 30-31 ci-dessus). Ils se sont prévalus de différents précédents qui ne sont, toutefois, jamais rigoureusement identiques à la présente espèce, comme le souligne le gouvernement défendeur, puisque concernant notamment la responsabilité individuelle de membres des forces militaires. Quant à la jurisprudence relative aux actes politiques indiquée par le gouvernement défendeur, si elle pouvait laisser présager de la décision, elle ne concerne pas un cas suffisamment similaire pour pouvoir être considérée comme un précédent en l'espèce. C'est donc dans l'affaire des requérants que

les tribunaux internes ont été appelés pour la première fois à dire si cette situation relevait de l'article 2043 du code civil.

101. La Cour considère en conséquence qu'il y avait dès le début de la procédure une contestation réelle et sérieuse sur l'existence du droit que les requérants affirmaient tirer du régime de la responsabilité civile. L'argument du gouvernement défendeur selon lequel il n'y avait pas de « droit » défendable (de caractère civil) aux fins de l'article 6, dès lors que la haute juridiction avait conclu que, étant un acte de guerre, l'acte incriminé n'était pas susceptible de contrôle judiciaire, ne peut être pertinent que pour les allégations qui seraient présentées ultérieurement par d'autres plaignants. L'arrêt de la Cour de cassation n'a pas ôté rétroactivement au grief des requérants leur caractère défendable (arrêt *Z et autres*, précité, § 89). Dans ces conditions, la Cour estime que les requérants pouvaient prétendre, au moins de manière défendable, avoir un droit reconnu en droit interne.

102. Dès lors, l'article 6 est applicable à l'action en responsabilité qu'ils ont intentée à l'encontre de l'Etat. Partant, la Cour rejette l'objection du gouvernement défendeur à cet égard et se doit donc d'examiner si les exigences de cette disposition ont été respectées dans le cadre de la procédure en cause.

b) Observation de l'article 6 de la Convention

103. En l'espèce, les requérants allèguent que la décision de la Cour de cassation concluant au défaut de juridiction les a empêchés d'accéder à un tribunal et d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leur demande.

104. Les requérants et le gouvernement serbo-monténégrin estiment qu'un droit à réparation existait du seul fait de l'application des dispositions des codes en vigueur, alors que les deux autres gouvernements contestent l'existence d'un tel droit en cas d'actes de guerre ou de maintien ou de rétablissement de la paix. Les requérants considéraient que leur droit à réparation découlait de l'article 2043 du code civil et renforçaient leur demande en s'appuyant sur les articles 6 du code pénal et 174 du code pénal militaire en temps de guerre, ainsi que sur des dispositions du Protocole n° I additionnel aux Conventions de Genève de 1949.

105. La Cour note avant tout que, sur le plan pratique, les requérants n'ont pas été empêchés de porter leurs griefs devant les tribunaux internes.

106. La Cour de cassation a trouvé que la réponse à donner était claire et c'est pourquoi elle a écarté cet argument relatif à la juridiction en se fondant sur un raisonnement quelque peu laconique. Elle a considéré : que l'acte incriminé était un acte de guerre ; que les actes de ce genre étaient la manifestation de décisions politiques ; que par conséquent aucun juge n'avait le pouvoir de contrôler la façon dont cette fonction politique avait été exercée. En outre, les lois donnant application aux textes de droit international invoqués ne contenaient pas de dispositions expresses offrant

aux personnes lésées la possibilité de demander à l'Etat réparation des dommages subis en violation des règles du droit international.

107. La Cour réitère les principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'interprétation et à l'application du droit interne. Si, aux termes de l'article 19 de la Convention, la Cour a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Etats contractants, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention.

108. De plus, il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Il en va de même lorsque le droit interne renvoie à des dispositions du droit international général ou d'accords internationaux. Le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation (arrêt *Waite et Kennedy* précité, § 54, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 49, CEDH 2001-II, et *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, précité, §§ 43-50).

109. Pour ce qui est des affirmations de la Cour de cassation concernant les conventions internationales, la Cour relève, bien qu'il ne lui appartienne pas de se prononcer sur l'application du Protocole de 1977 ou de la Convention de Londres, qu'elles ne semblent pas faire apparaître une erreur d'interprétation puisque, d'une part, le Protocole de 1977 régleme en effet des relations entre Etats et que, d'autre part, l'article VIII paragraphe 5 de la Convention de Londres invoqué par les requérants concerne des actes « (...) qui ont causé *sur le territoire de l'Etat de séjour* des dommages à un tiers (...) » (voir le paragraphe 31 ci-dessus) ; or les dommages subis par les requérants ont été subis en Serbie et non en Italie.

Quant à l'affirmation selon laquelle les violations de la Convention ne peuvent être constatées que par la Cour, celle-ci rappelle qu'en vertu de l'article 1, aux termes duquel « [I]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention reviennent au premier chef aux autorités nationales. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme (*Cocchiarella c. Italie* [GC], n^o 64886/01, § 38, CEDH 2006 -...). En l'espèce, le grief tiré de l'article 2 de la Convention ayant été déclaré irrecevable (paragraphe 4 ci-dessus), la Cour ne relève pas de problèmes de compatibilité résultant des effets de cette interprétation.

110. Elle note aussi que, du fait des articles 41 et 37 du code de procédure civile, la question préalable de juridiction dont les ministères ont excipé dans cette affaire devait être soulevée, même d'office, à un moment ou un autre dans la mesure où l'administration publique était concernée (voir le paragraphe 23 ci-dessus). Il ne s'agissait donc pas d'une sorte d'immunité que l'Etat aurait pu renoncer à faire valoir.

111. Partant, ni l'interprétation du droit interne ni l'application, en droit interne, des traités internationaux invoqués ne permettaient de constater l'existence d'un « droit » à réparation fondé sur la responsabilité délictuelle dans une telle situation. A supposer, comme le font les requérants, que depuis 2004, par le biais de l'évolution jurisprudentielle, pareil droit puisse être revendiqué, cela ne permet pas de conclure qu'il existait avant cette évolution jurisprudentielle.

112. La Cour remarque également que la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer quant au défaut de juridiction à l'égard de l'administration en cas d'actes de nature politique et au fait que de tels actes ne permettaient pas d'engager une action en responsabilité contre l'Etat puisqu'ils ne provoquaient pas d'atteinte à des situations juridiques subjectives, les seules, selon la jurisprudence interne, aptes à donner lieu à réparation (voir le paragraphe 26 ci-dessus). C'est même après les débats devant elle que la Cour de cassation a donné des précisions concernant l'existence d'une prétention défendable en droit. En se prononçant sur les limites de sa juridiction, elle a ainsi précisé les contours de la responsabilité délictuelle.

113. Contrairement à ce qu'affirment les requérants, la Cour n'est pas convaincue que la décision litigieuse ait consacré une immunité, en fait ou en pratique, en raison de son caractère prétendument absolu ou général. Comme le relève à juste titre le gouvernement défendeur, cette décision ne portait que sur un aspect de l'exercice de l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat, aspect limité aux dommages découlant d'un acte de gouvernement relatif à un acte de guerre, et ne saurait être considérée comme ayant eu pour effet de soustraire arbitrairement à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles (arrêt *Fayed c. Royaume-Uni*, précité, pp. 49-50, § 65). Comme le gouvernement britannique l'a rappelé et conformément à ce que la Cour a observé au paragraphe 93 ci-dessus, il se dégage de la jurisprudence des organes de la Convention un principe selon lequel l'article 6 par lui-même n'assure aux droits et obligations de caractère civil aucun contenu matériel déterminé dans les ordres juridiques nationaux. Pour que l'article 6 entre en jeu, il ne suffit pas que l'inexistence en droit interne d'un motif pour agir puisse passer pour avoir le même effet qu'une immunité, en ce sens qu'elle empêche l'intéressé de réclamer en justice réparation pour une catégorie donnée de préjudices (arrêt *Z et autres*, précité, § 98).

114. La Cour considère que la décision de la Cour de cassation n'emporte pas consécration d'une immunité mais donne uniquement des indications quant à l'étendue du contrôle qu'un juge peut exercer sur un acte de politique étrangère tel qu'un acte de guerre. En l'espèce, la Cour est amenée à conclure que l'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'Etat découlait non pas d'une immunité mais des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne. Or, selon la tendance jurisprudentielle interne de l'époque, il n'y avait dans ce type d'affaire aucune possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat. Il n'y a donc pas eu de limitation à l'accès à un tribunal de l'ordre de celle qui était en cause dans l'affaire *Ashingdane* (arrêt précité, § 57).

115. En conséquence, les requérants ne peuvent soutenir avoir été privés du droit d'obtenir une décision sur le bien-fondé de leurs allégations. Leurs prétentions ont fait l'objet d'un examen équitable à la lumière des principes applicables du droit interne concernant le droit de la responsabilité délictuelle. Dès lors que la Cour de cassation avait statué sur les arguments juridiques défendables ayant mis en jeu l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention, les requérants ne pouvaient plus revendiquer, au titre de l'article 6 § 1, un droit à un débat sur les faits. Un tel débat n'aurait servi qu'à prolonger inutilement la procédure nationale, puisque même à supposer que la décision de la Cour de cassation n'eût pas mis fin de plein droit à la procédure devant le tribunal de Rome, celui-ci n'aurait pu procéder à l'évaluation du caractère de l'acte incriminé et n'aurait pu dans de telles conditions que rejeter la demande.

La Cour rejoint le gouvernement britannique lorsqu'il considère que le présent cas se rapproche de l'affaire *Z et autres* (précitée). Comme ceux dans l'affaire *Z et autres*, les requérants en l'espèce ont bien eu accès à un tribunal mais un accès limité puisqu'ils n'ont pu obtenir une décision sur le bien-fondé.

116. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, l'exception préliminaire du gouvernement défendeur concernant l'applicabilité de l'article 6 de la Convention ;
2. *Déclare*, à l'unanimité, le restant de la requête recevable ;

3. *Dit*, à l'unanimité, que l'article 6 de la Convention est applicable au cas d'espèce et *rejette* en conséquence l'exception préliminaire du Gouvernement ;
4. *Dit*, par dix voix contre sept, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 14 décembre 2006.

Luzius WILDHABER
Président

T.L. EARLY
Greffier de section

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de M. Costa ;
- opinion concordante de Sir Nicolas Bratza, à laquelle se rallie M. Rozakis ;
- opinion dissidente de M. Zagrebelsky, à laquelle se rallient MM. Zupančič, Jungwiert, M^{me} Tsatsa-Nikolovska, MM. Ugrekhelidze, Kovler et David Thór Björgvinsson.

L.W.
T.L.E.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE COSTA

1. J'ai voté le dispositif de l'arrêt, en particulier ses articles 3 et 4, mais je ne suis pas convaincu par les motifs qui en sont le support. Je souhaite m'en expliquer, en me limitant aux points principaux.

2. Fondamentalement, de quoi s'agit-il ? Comme dans l'affaire *Bankovic*, des conséquences tragiques du bombardement d'un immeuble de la Radio-télévision serbe à Belgrade, par un missile tiré d'un avion de l'OTAN. Cinq des personnes décédées des suites de cette frappe aérienne, décidée dans le contexte du conflit du Kosovo, étaient des proches des requérants dans l'affaire *Markovic*.

3. Les requérants ont considéré que ces morts engageaient la responsabilité des autorités italiennes, ainsi que du commandement des Forces alliées de l'Europe du Sud de l'OTAN, et ils ont saisi le tribunal de Rome d'une action indemnitaire contre les défendeurs (par la suite ils se sont désistés de la partie de leur action dirigée contre les forces de l'OTAN).

4. Les autorités italiennes ont estimé que le litige soulevait une question de juridiction (« *giurisdizione* ») et, sur la base d'un article du code de procédure civile, elles ont demandé, comme chaque partie en a le droit, à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de résoudre cette question préalable.

5. L'Assemblée plénière ayant conclu au « défaut de juridiction » (incompétence) du tribunal, compte tenu de la nature du litige, l'action engagée devant ce tribunal cessa *ipso jure*, comme l'indique le paragraphe 19 de l'arrêt.

6. Dans ces conditions, les requérants ont saisi notre Cour en soutenant que l'article 6 § 1 de la Convention était applicable, et que l'Italie avait violé cette stipulation, en méconnaissant leur droit d'accès à un tribunal.

7. L'arrêt admet l'applicabilité de l'article 6 § 1, mais conclut à sa non-violation.

8. Pour estimer que celui-ci est applicable, la Cour a essentiellement retenu que les requérants, qui se fondaient sur le régime de la responsabilité civile (article 2043 du code civil), avaient dès le début, au moins de manière défendable, un droit existant en droit interne.

9. J'ai hésité avant de conclure avec la majorité que l'article 6 § 1 s'appliquait. J'avais déjà éprouvé ce type d'hésitations, notamment dans l'affaire *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein contre l'Allemagne* (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-VIII) ; je renvoie à mon opinion concordante jointe à cet arrêt. Mais la jurisprudence a souvent admis que l'article 6 § 1 s'appliquait dans des circonstances analogues, en particulier dans le cas d'une contestation « réelle et sérieuse » sur l'existence même d'un « droit » au sens de l'article 6 § 1 (voir, par exemple, les arrêts *Bentham c. Royaume-Uni*, série A n° 97, *Mennitto c. Italie*, *Recueil* 2000-X,

pp. 340-341, §§ 25 à 27, *Z c. Royaume-Uni*, Recueil 2001-V, pp. 87-88, § 89, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, précité ; voir en sens inverse l'arrêt *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005, à paraître au CEDH 2005-X, §§ 124 et 125). Je me suis donc incliné devant la tendance dominante de la jurisprudence. On peut d'ailleurs soutenir sans excès d'artifice que puisque le tribunal de Rome n'a pas rejeté *de plano* la requête dont il était saisi pour défaut de juridiction (comme il aurait pu le constater sur la base d'un autre article du code de procédure civile), ou pour absence de tout droit à réparation, et puisqu'il a fallu réunir l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pour trancher, l'existence du droit était « défendable » au sens de notre jurisprudence.

10. Mais l'essentiel n'est pas là ; aussi bien notre Cour a-t-elle été unanime à trouver l'article 6 applicable.

11. En revanche, elle a été très divisée quant à la violation ou à la non-violation de cet article.

12. La majorité se fonde, pour conclure à la non-violation, sur un premier argument que je ne peux pas accepter : elle « note avant tout que, sur le plan pratique, les requérants n'ont pas été empêchés de porter leurs griefs devant les tribunaux internes » (§ 105). Certes, mais *so what ?* Ils ont pu saisir le tribunal de Rome, mais du fait de l'arrêt de la Cour de cassation, celui-ci n'a pas examiné leur demande, dont l'examen a pris fin, je le répète, *ipso jure* sans même avoir commencé. N'est-il pas étrange de dire qu'ils n'ont pas été empêchés de porter leurs griefs devant les juridictions internes ? Le droit d'accès à un tribunal peut-il être théorique et illusoire (et ici se confondre avec l'accès « physique » au tribunal), ou doit-il être concret et effectif, comme l'ont dit dans d'autres matières, après *Artico*, des dizaines d'arrêts, c'est-à-dire, ici, permettre que le tribunal saisi rende une décision motivée sur le fond du litige (quitte à rejeter la requête), sans qu'un *judex ex machina* vienne dire que ce tribunal ne peut rien décider du tout ? (voir d'ailleurs le paragraphe 113 de l'arrêt).

13. Passons. Ne se contentant pas de ce premier argument qui logiquement devrait se suffire à lui-même (« avant tout »), l'arrêt échafaude, aux paragraphes 106 à 117, un long raisonnement qui, en substance, consiste à dire :

- i. que la Cour de cassation italienne est la mieux placée pour dire le droit interne ;
- ii. que ce qu'elle a décidé « découlait non pas d'une immunité mais des principes régissant le droit matériel en droit interne » (§ 115) ;
- iii. que l'impossibilité, en droit italien, de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat n'équivalait pas à une « limitation à l'accès à un tribunal de l'ordre de celle qui était en cause dans l'affaire *Ashingdane* » (même paragraphe).

14. Qu'il me soit permis de trouver cette argumentation peu convaincante, et contradictoire. Elle est peu convaincante, car s'il suffit à la Cour de reconnaître à la *Corte di cassazione* le droit d'interpréter le droit interne, la question est résolue, et nul besoin n'existe d'un contrôle européen. Quant à la référence à l'arrêt *Ashingdane*, elle est entachée de contradiction logique : cet arrêt avait conclu à la non-violation (par six voix contre une, celle de mon regretté prédécesseur le Juge Pettiti). En quoi et par quel miracle le fait qu'il n'y ait pas dans la présente affaire une limitation « de l'ordre de celle qui était en cause dans l'affaire *Ashingdane* » permet-il de conclure que l'article 6 § 1 n'a pas été violé ? Je ne comprends pas.

15. A mon avis, il eût été plus simple – et plus clair – d'appliquer les principes traditionnels. Le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu ; il souffre des limitations implicites ; certaines de ces limitations sont inhérentes au droit d'accès à un tribunal, telles que celles qui relèvent de l'immunité des Etats en droit international.

16. La Cour a, par exemple, appliqué ces principes dans son arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni* (*Recueil* 2001-XI), avec l'opinion dissidente de mon collègue Loucaides et l'opinion concordante de mes collègues Caflisch et Nina Vajic et de moi. Certes, dans *Fogarty*, il s'agissait d'une immunité de juridiction consentie par l'Etat défendeur à un Etat tiers (les Etats-Unis). Mais la transposition est facile. En droit comparé comme en droit international, *l'acte de gouvernement* est bien connu, et nul acte de gouvernement n'est plus typique que la décision d'engager des forces armées ou, comme l'a fait l'Italie en l'espèce, de participer à des frappes aériennes au sein d'une organisation internationale, en particulier en leur fournissant une base de départ et un soutien logistique. Que l'article 2043 du code civil italien instaure un très large régime de responsabilité quasi délictuelle, et que cet article s'applique, de façon générale, à l'Etat italien, et devant les juridictions judiciaires (telles que le tribunal de Rome) – et non devant les juridictions administratives comme dans d'autres pays tels que la France –, cela est certain. Mais cela ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité de l'Etat italien n'est plus contestable et reprochable devant les juridictions internes lorsque le fondement de cette responsabilité réside dans ce qui constitue, sans nul doute, un acte de gouvernement. Autrement dit, en droit interne italien, l'application de l'article 2043 du code civil trouve sa limite lorsque le fait illicite dommageable allégué par le demandeur à l'action est constitué par un acte de gouvernement, ou résulte de l'exécution ou des conséquences de celui-ci.

17. Une telle irresponsabilité en droit interne s'analyse-t-elle en une atteinte disproportionnée au droit conventionnel d'accès à un tribunal ? Equivaut-elle à un déni de justice incompatible avec la Convention ? On peut en discuter, et je peux certes comprendre le point de vue de la minorité qui a voté la violation de l'article 6. Mais, si on ne franchit pas ce pas – pour des raisons qui, à mes yeux, ne sont nullement absurdes et qui s'inscrivent

dans le droit administratif de nombreux Etats européens, et dans le droit international général, tels qu'ils sont *hic et nunc*, – alors il faut le dire, et se rattacher à une jurisprudence classique. Voilà pourquoi je me permets de critiquer le raisonnement de l'arrêt *Markovic*, sans désapprouver pour autant ses conclusions.

OPINION CONCORDANTE DE Sir Nicolas BRATZA, JUGE,
À LAQUELLE SE RALLIE M. LE JUGE ROZAKIS

(Traduction)

1. Je partage l'opinion de la majorité de la Grande Chambre, qui estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention en l'espèce, et je peux de manière générale souscrire au raisonnement de l'arrêt. J'ajoute quelques remarques personnelles simplement en raison de l'importance de la question clé qui a divisé la Cour, c'est-à-dire celle de savoir si la décision de la Cour de cassation italienne d'après laquelle les juridictions internes n'avaient pas compétence pour connaître de la demande en réparation, présentée par les requérants pour le décès de leurs proches s'analysait en une restriction injustifiée au droit d'accès des intéressés à un tribunal aux fins de l'article 6.

2. La distinction entre, d'une part, les dispositions du droit interne et la pratique qui interdisent ou limitent l'accès à une voie de recours judiciaire pour faire statuer sur le fond de demandes relatives à des « droits » de caractère civil reconnus en droit interne et qui, sauf justification, contreviendront à l'article 6 et, d'autre part, celles qui délimitent la substance du « droit » lui-même et auxquelles l'article 6 ne trouve en principe pas à s'appliquer, est bien établie dans la jurisprudence de la Cour. Il se révèle fréquemment difficile en pratique de tracer une ligne de démarcation entre limitations procédurales et limitations matérielles. Ce n'en est pas moins une distinction importante compte tenu du principe bien ancré selon lequel l'article 6 ne garantit pas aux « droits » un contenu particulier dans le droit positif des Etats contractants et selon lequel les garanties de cet article ne valent que pour les droits dont on peut dire, au moins de manière défendable, qu'ils sont reconnus par le droit interne de l'Etat concerné.

3. Certaines dispositions entrent à l'évidence dans la catégorie des restrictions procédurales : parmi elles figurent les exemples mentionnés dans l'arrêt, à savoir les délais légaux de prescription, les ordonnances obligeant à verser une caution *judicatum solvi* pour les frais, et les réglementations de l'accès à un tribunal pour les mineurs ou les handicapés mentaux. On en trouve un autre exemple dans l'affaire *Tinnelly and Sons Ltd. et McElduff et autres c. Royaume-Uni* (arrêt du 10 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-IV), qui avait trait à la question d'un certificat délivré par un ministère et ayant pour effet d'empêcher les juridictions internes d'examiner le bien-fondé d'une plainte pour traitement discriminatoire. Les affaires qui concernent l'octroi de diverses immunités de poursuite se rapprochent peut-être plus de la ligne de démarcation. Toutefois, dans des affaires concernant l'immunité de poursuite accordée aux Etats (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, et *Fogarty*

c. Royaume-Uni [GC], n° 37112/67, CEDH 2001-XI) et à des organisations internationales (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/99, CEDH 1999-I), la Cour a vu dans ces immunités des barrières procédurales qui demandaient une justification et non des limitations à un droit matériel prévues par la législation interne.

4. Parmi les affaires qui se rangent de l'autre côté de la ligne de démarcation, les plus significatives sont peut-être *Z et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 29392/95, CEDH 2001-V) et, plus récemment, *Roche c. Royaume-Uni* ([GC] n° 32555/96, CEDH 2005-X). Dans l'affaire *Roche*, la Cour, prenant pour point de départ l'appréciation à laquelle la Chambre des lords s'était livrée dans l'affaire *Matthews v. Ministry of Defence*, a conclu que l'article 10 de la loi sur les procédures concernant la Couronne était une disposition de droit matériel qui délimitait les droits d'un militaire à intenter contre la Couronne une action en responsabilité pour dommage corporel subi pendant le service et qu'elle ne devait pas passer pour conférer à la Couronne une immunité relativement à une action pour imprudence qui, sinon, s'offrirait à un militaire. Dans l'affaire *Z*, qui présente un intérêt plus direct pour la présente affaire, la Cour a conclu que l'impossibilité où se trouvaient les requérants de poursuivre l'autorité locale pour faute pour n'avoir pas pris de mesures afin de les soustraire à la garde de leurs parents, qui les avaient négligés et qui leur avaient infligé des sévices, découlait non d'une immunité conférée à l'autorité locale mais des principes applicables régissant le droit matériel d'action existant en droit interne, dont un élément essentiel consistait à dire qu'il était juste et raisonnable, dans les circonstances particulières de la cause, d'imposer aux défendeurs un devoir de protection.

5. La présente affaire ne se range pas aisément dans l'une ou l'autre des catégories établies. La décision de la Cour de cassation qui a dit que les juridictions italiennes n'avaient pas la compétence de connaître de l'action en réparation que les requérants avaient engagée a empêché les intéressés d'obtenir de ces juridictions qu'elles statuent sur le bien-fondé de leur action. Dans la procédure en vue d'une décision préalable, les requérants ont plaidé que les juridictions italiennes avaient bien cette compétence au motif, entre autres, que les actes prétendument illicites qui avaient entraîné la mort des proches des intéressés devaient passer pour avoir été commis en Italie, parce que l'opération militaire en question avait été organisée sur le territoire italien et s'y était déroulée en partie. Les requérants soutenaient que l'Italie avait prêté un soutien matériel et logistique à l'opération de l'OTAN et que, contrairement aux autres membres de cette organisation, elle avait fourni les bases aériennes d'où s'était envolé l'avion qui avait bombardé Belgrade et la RTS. Les requérants s'appuyaient en outre sur le code pénal militaire, sur la Convention de Londres de 1951 et sur le Protocole additionnel n° I aux Conventions de Genève, qui fondaient selon eux la compétence des juridictions italiennes.

6. Pour conclure que les juridictions n'avaient pas la compétence de connaître des actions, la Cour de cassation a dit qu'en raison de la nature des actes et des fonctions invoqués pour imputer une responsabilité à l'Etat italien – à savoir en particulier la conduite des hostilités qui s'exprime par la guerre aérienne – , était telle que les tribunaux n'avaient pas la compétence d'examiner la manière dont ces fonctions avaient été exercées. Pour les motifs indiqués dans l'arrêt, la Cour de cassation a en outre rejeté la thèse des requérants qui estimaient qu'il fallait conclure à la compétence des juridictions italiennes en vertu des instruments internationaux invoqués, lesquels faisaient partie du droit interne.

7. A la nette différence du cas typique d'un obstacle procédural à l'accès au tribunal, le fait que les tribunaux italiens ne pouvaient connaître du bien-fondé de l'action tenait non pas à une mesure législative ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de l'exécutif excluant la compétence des tribunaux ou limitant leur pouvoir de contrôle ou soustrayant une catégorie particulière d'actions au contrôle judiciaire. En outre, la décision de la Cour de cassation d'après laquelle les tribunaux internes n'étaient pas compétents ne peut à mon avis être mise sur un pied d'égalité avec l'octroi aux défendeurs d'une immunité absolue de poursuite. La décision déclinatoire de compétence a représenté une limitation que les juridictions se sont imposées à elles-mêmes, la Cour de cassation concluant non seulement que les instruments invoqués par les requérants ne conféraient pas cette compétence, mais que la nature de l'action des intéressés soulevait des questions que les tribunaux nationaux ne pouvaient trancher. Pour ce faire, elle a appliqué la notion d'acte de gouvernement, notion familière aux systèmes de droit civil, en vertu de laquelle les actes politiques de gouvernement dans des domaines tels que les relations internationales, la politique étrangère et la conduite d'hostilités ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part des juridictions internes.

8. Selon moi, il faut voir dans la décision de la Cour de cassation non pas la création d'un obstacle procédural à l'examen des droits des requérants par les tribunaux internes mais une limitation matérielle de ces droits, puisque la Cour de cassation a conclu qu'en raison de la nature des questions que soulevait leur action, les requérants n'avaient en droit interne aucun motif d'agir en justice.

9. Les requérants plaident que la décision de la Cour de cassation ne cadre pas avec sa jurisprudence antérieure et postérieure, que le bombardement de la RTS ne pouvait se ranger en droit interne dans la catégorie des actes de gouvernement de nature à exclure un contrôle judiciaire et que, en concluant à l'absence de compétence pour statuer sur leur action. La Cour de cassation a fait à tort abstraction des dispositions du droit interne et du droit international sur lesquelles se fondait l'action ou les a mal interprétées. Les requérants s'appuient aussi sur la pauvreté du

raisonnement de la Cour de cassation et sur le fait que la haute juridiction n'a pas mis les intérêts concurrents en balance pour exclure la compétence.

10. Quant au premier argument, les questions d'interprétation et d'application du droit interne incombent, comme le souligne l'arrêt, au premier chef aux juridictions nationales et il n'y a d'après moi aucun motif pour la Cour de substituer sa propre appréciation à celle de la Cour de cassation ou de dire que la position de celle-ci est arbitraire ou manifestement déraisonnable.

11. Le second argument suscite davantage de doutes de ma part. La motivation de la Cour de cassation était brève et on peut lui reprocher de ne nullement indiquer les limites de la doctrine d'« acte de gouvernement » qu'elle applique et de ne procéder à aucune analyse claire des questions que soulevait l'action des requérants expliquant pourquoi la cause de ceux-ci ne pouvait être portée en justice. Toutefois, aussi succinct le raisonnement de la Cour de cassation soit-il, il me semble que les motifs de la décision apparaissent suffisamment clairement, surtout si on les lit à la lumière de la jurisprudence antérieure citée par la haute juridiction elle-même et à laquelle renvoient les paragraphes 26 et 27 de l'arrêt de notre Cour. L'action des requérants concernait des décès qui étaient résultés du bombardement de la station de radio de Belgrade dans le cadre des opérations de l'OTAN au cours du conflit extrêmement complexe du Kosovo ; une décision sur le bien-fondé de l'action aurait immanquablement obligé les juridictions nationales à trancher des questions se rapportant à la légalité de l'opération du point de vue du droit international, et à examiner la légitimité des actes et décisions du gouvernement italien dans l'exercice de ses pouvoirs souverains en matière de politique étrangère et de conduite des hostilités. La Cour de cassation a manifestement estimé que ces questions échappaient au domaine de contrôle revenant aux juridictions nationales et que les requérants n'avaient pas de motif d'engager une action sur laquelle ces juridictions pussent statuer.

12. La doctrine d'« acte de gouvernement » n'a pas de limites très précises et son application dépend inévitablement des circonstances particulières de la cause dans laquelle elle est invoquée. Qui plus est, à l'instar de la doctrine de l'immunité des Etats, avec laquelle elle se confond parfois, elle n'est pas statique mais peut se modifier et évoluer avec le temps. Selon moi, lorsque la Cour de cassation a conclu à l'époque en question que, dans les circonstances particulières de la cause dont elle se trouvait saisie, cette doctrine non seulement entraînait en ligne de compte mais empêchait les juridictions nationales de trancher les questions que soulevait l'affaire, elle n'a pas dépassé des limites acceptables.

En conséquence, le droit d'accès des requérants à un tribunal n'a pas, à mon avis, subi de restriction injustifiée emportant violation de l'article 6.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE ZAGREBELSKY
À LAQUELLE SE RALLIENT MM. LES JUGES ZUPANČIČ,
JUNGWIERT, M^{me} LA JUGE TSATSA-NIKOLOVSKA,
MM. LES JUGES UGREKHELIDZE, KOVLER ET
DAVID THÓR BJÖRGVINSSON

La présente affaire, qui concerne seulement le droit au juge prévu par l'article 6 de la Convention, pose une question d'importance primordiale dans le cadre de la Convention. Il s'agit de la position de l'individu face au pouvoir. Le pouvoir dans son aspect le plus redoutable : celui de la « raison d'Etat ». C'est pur hasard si la question se pose dans une affaire contre l'Italie. Elle aurait tout aussi bien pu surgir dans une affaire concernant un autre Etat. D'où sa portée générale.

Le 19 août 1949, P. H. Teitgen, présentant à l'Assemblée Consultative le projet d'institution d'une Cour européenne des Droits de l'Homme, disait : « Trois menaces pèsent encore sur nos libertés. D'abord la première menace : l'éternelle raison d'Etat. Derrière l'Etat, comme une tentation permanente, et quelle que soit la forme de l'Etat, fût-il démocratique, il y a toujours la tentation de la raison d'Etat. (...) Il faut nous prémunir, même dans nos pays démocratiques, contre cette tentation de la raison d'Etat ».¹ Faut-il se demander si cet avertissement, adressé aux quatorze Etats membres à l'époque de l'Assemblée du Conseil de l'Europe, est devenu moins valable à l'heure actuelle pour l'Europe à quarante-six Etats ?

Je regrette que la conclusion adoptée par la majorité de la Cour ajoute le poids de l'autorité de la Cour à la force qu'ont, aujourd'hui encore, les prétentions de la « raison d'Etat ». Une « raison d'Etat » qui supporte mal le droit, et plus mal encore la « prééminence du droit », laquelle ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux (*Golder c. Royaume Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18, p. 17, § 34, et, pour le système italien, dans le même sens, Cour constitutionnelle, arrêt n° 26 de 1999).

Dans la présente affaire, la Cour de cassation a affirmé que « les situations subjectives protégées ne s'opposent pas aux fonctions de nature politique ». Fonctions politiques et droits individuels ne pourraient donc aller ensemble, puisqu'il n'y aurait pas de droit et pas de juge par rapport aux actes politiques. Il s'agit là d'une affirmation péremptoire, incompatible avec la Convention et au moins douteuse au regard du droit national tel qu'il résulte du sens des articles pertinents de la Constitution (paragraphe 20 de l'arrêt), de la portée limitée à la seule juridiction administrative d'annulation (Conseil d'Etat) de l'article 31 du décret n° 1024 de 1924 et de l'absence dans la jurisprudence de la Cour de cassation citée par le Gouvernement de précédents concernant des situations comparables à celle dont il s'agit dans la présente affaire (paragraphe 100 de l'arrêt). La Cour a par ailleurs dit elle-même que les requérants pouvaient prétendre, au moins de manière

défendable, avoir un droit reconnu en droit interne. D'où l'applicabilité de l'article 6 (paragraphe 101 de l'arrêt).

Je note en outre que la Cour de cassation n'a pas précisé – mais il est vrai que la distinction revêt un caractère quelque peu artificiel dans les cas concrets – s'il s'agit d'une « exonération de responsabilité » ou bien d'une « immunité de poursuite » (paragraphe 96 de l'arrêt).

Comme le gouvernement défendeur et le gouvernement britannique, l'arrêt (paragraphe 115) fait référence à l'affaire *Z et autres c. Royaume-Uni* (GC), n° 29392/95, CEDH 2001-V). Dans cette affaire, la Cour avait été amenée à conclure que, même si les requérants n'avaient jamais bénéficié d'un examen des faits et du fond de l'affaire, le degré d'accès à un tribunal qui leur avait été accordé se conciliait avec l'article 6. Les requérants avaient essayé de persuader les juridictions internes d'élargir le droit au dédommagement par rapport à celui reconnu par la jurisprudence antérieure, les arguments des parties avaient été discutés aux différents stades de la procédure et ils avaient été pris en compte de manière exhaustive lors de l'arrêt définitif. En l'espèce, tout au contraire, les requérants n'ont eu accès aux juridictions italiennes que pour s'entendre déclarer que ni les juridictions civiles ni aucune autre juridiction italienne n'étaient compétentes pour connaître de leur cause. La Cour de cassation a de fait restreint la portée du droit général à réparation prévu par l'article 2043 du code civil. En outre, contrairement aux juridictions nationales dans l'affaire *Z et autres*, la Cour de cassation n'a pas mis en balance dans sa décision les intérêts concurrents en jeu et elle n'a pas essayé d'expliquer pourquoi, dans les circonstances particulières de l'espèce, la nature politique de l'acte en cause avait mis en échec l'action civile des requérants.

On peut facilement reconnaître que le caractère discrétionnaire – et parfois entièrement discrétionnaire – des actes politiques peut conduire à l'exclusion de tout droit de contestation. En ce sens, une telle exclusion peut se justifier par la nature même de la fonction exercée par le gouvernement et par le souci de protéger la liberté de décision politique. Pareille exclusion ne concerne pas seulement des domaines comme les relations étrangères, la défense nationale et la sécurité collective. Mais pour être compatible avec le principe de la prééminence du droit et avec le droit d'accès au tribunal qui en découle, cette exclusion trouve évidemment ses limites dans les règles de droit qui encadrent et délimitent l'exercice de l'attribution gouvernementale concernée (acte de gouvernement). Le but légitime susmentionné ne peut pas aller au-delà du champ de la discrétion que l'autorité gouvernementale exerce légitimement, dans les limites des règles de droit. Or, dans la présente affaire, les requérants alléguaient au niveau interne que l'action des autorités italiennes était allée à l'encontre des règles du droit national et du droit international coutumier concernant les conflits armés. La question des limites devant être reconnues à la « raison d'état », libre de tout contrôle judiciaire, était ainsi posée.

On doit noter avec la plus grande inquiétude que ni l'arrêt de la Cour de cassation ni celui de la Cour ne définissent ni ne limitent ce qui peut être reconnu comme « acte de gouvernement » ou comme « acte politique » (les deux notions n'étant pas superposables). Tout acte des pouvoirs publics est directement ou indirectement le fruit d'une décision politique, qu'elle soit à caractère général ou à caractère particulier. Mais à mon sens le caractère général et vague de la notion de « fonction de nature politique » empêche d'admettre l'existence d'une « limitation implicite » au droit d'accès au juge. Au paragraphe 113 de l'arrêt, la Cour essaye de limiter la portée du principe qu'elle accepte en notant que la décision de la Cour de cassation « ne portait que sur un aspect de l'exercice de l'action en responsabilité dirigée contre l'Etat, aspect limité aux dommages découlant d'un acte de gouvernement relatif à un acte de guerre ». Or la décision de la Cour de cassation, que la Cour estime conforme aux exigences de la Convention, se fondait simplement sur la nature politique de l'acte litigieux (paragraphe 106 de l'arrêt). Par ailleurs, on ne voit pas comment ni pourquoi, aux fins du droit au juge, on pourrait distinguer entre acte politique de guerre et tout autre acte politique.

En outre, la Cour de cassation est parvenue à sa conclusion sans tenir compte de ce que l'action en justice des requérants ne concernait pas directement le fait de la participation de l'Italie au conflit armé dans le cadre de l'OTAN et ne poursuivait pas le but de voir annuler un acte du gouvernement. Il s'agissait en effet simplement de la question du dédommagement pour des conséquences lointaines, seulement éventuelles et étrangères aux finalités de l'acte politique en question. Malgré le caractère général du droit reconnu par l'article 2043 du code civil italien, la nature politique de l'engagement dans lesdites opérations militaires a à elle seule conduit la Cour de cassation à nier l'existence en droit interne d'un juge compétent pour se prononcer sur les prétentions des requérants. Ainsi, la Cour de cassation est allée au-delà du but légitime qu'on peut reconnaître à la doctrine de l'acte politique et bien au-delà de toute proportionnalité.

On peut comprendre les raisons pour lesquelles les Etats cherchent à se prémunir contre des actions en justice comme celle dont il s'agit en l'espèce. Mais je regrette que la majorité de la Cour ait accepté une solution qui se traduit par un vulnus au fondement même de la Convention.