

La doctrine de l'act of state et l'indirect impleading

De la Doctrine traditionnelle à un principe de non-justiciabilité : les juges nationaux face aux violations graves des droits de l'Homme

Mémoire réalisé par
Coline Minguet

Promoteur
Pierre d'Argent

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Avant tout, je souhaite remercier toutes les personnes qui m'ont accompagnée et soutenue dans la rédaction de mon mémoire.

Tout d'abord, j'adresse mes remerciements particuliers à mon professeur et promoteur, monsieur Pierre d'Argent, pour son enseignement ainsi que sa disponibilité et ses précieux conseils qui ont permis de m'orienter dans la réalisation de mon travail.

Je remercie également ma maman et Benoit, pour leurs relectures attentives de mon mémoire.

Je tiens également à remercier mes parents, qui m'ont soutenue tout au long de mes études, et en particulier ma maman, qui m'a toujours encouragée.

Table des matières

INDEX DES ABREVIATIONS	i
INTRODUCTION	1
PARTIE I. LA DOCTRINE DE L'ACT OF STATE.....	5
Contextualisation	5
Chapitre I. Définition, sources et fondements	6
Section I. Définitions.....	6
§1. L'act of state	6
§2. La doctrine de l'act of state	7
A. Définition générale	7
B. Théories distinctes	9
i. <i>Etats-Unis : la political question doctrine</i>	9
ii. <i>Royaume-Uni</i>	10
Section II. Sources	14
§1. Etats Unis	14
§2. Royaume-Uni	15
Section III. Fondements	16
§1. Souveraineté, indépendance et courtoisie internationale	16
§2. Séparation des pouvoirs	17
A. Etats-Unis.....	17
B. Royaume-Uni	19
Chapitre II. Les règles qui découlent de la Doctrine dans la pratique.....	19
Section I. Aux Etats-Unis	19
Section II. Au Royaume-Uni.....	20
§1. Une règle de droit international privé	20
§2. Une règle spécifique d'abstention	21
§3. Un principe d'abstention ou de non-justiciabilité.....	21
§4. Conclusion.....	22
Chapitre III. Régime juridique	22
Section I. Applicabilité de la Doctrine	23
§1. Aux Etats-Unis.....	23
A. L'arrêt <i>Sabbatino</i>	23
i. Les faits.....	23
ii. Décisions.....	24
iii. « Balancing test »	25
B. L'arrêt <i>Kirkpatrick & Co.</i>	25
i. Les faits.....	25
ii. Décisions.....	26
iii. Deux conditions d'application	27
§2. Au Royaume-Uni	27
Section II. Les exceptions à la Doctrine.....	28
§1. Aux Etats-Unis.....	29
A. Exception Bernstein	29
B. La <i>treaty exception</i>	30
C. Le Second Hickenlooper Amendment	30
D. L'exception commerciale.....	30
§2. Au Royaume-Uni	31
A. L'exception d'ordre public	31
i. L'arrêt <i>Oppenheimer</i>	32

ii. L'arrêt <i>Kuwait Airways</i>	32
B. L'exception commerciale.....	34
Conclusion de la première partie : une doctrine obscure et équivoque	35
PARTIE II. LA DOCTRINE DE L'ACT OF STATE, L'INDIRECT IMPEADING ET LES DROITS DE L'HOMME AU ROYAUME-UNI	37
Introduction.....	37
Contextualisation	38
Chapitre I. La règle de l'immunité des Etats et la théorie de l'act of state	39
Section I. L'immunité des Etats	40
Section II. Quelques différences notables	41
Section III. Quelques liens	42
Chapitre II. La jurisprudence britannique : l'arrêt <i>Belhaj-Rahmatullah</i>	44
Section I. Contexte factuel et procédural	44
Section II. Raisonnement et décision de la Cour.....	45
§1. Immunité et indirect impleading	45
§2. Act of State Doctrine	46
A. L'exception d'ordre public	46
B. En ce qui concerne la deuxième règle	47
C. En ce qui concerne la troisième règle	48
Section III. Conclusion	50
Chapitre III. Le droit d'accès aux tribunaux : article 6 de la CEDH	51
Section I. Généralités	52
Section II. L'article 6 et la doctrine de l'act of state	53
Chapitre IV. La Doctrine, un obstacle à la justiciabilité de certains droits ?	53
Section I. La justiciabilité : définition générale	54
Section II. La doctrine de l'act of state et la justiciabilité	55
CONCLUSION.....	58
BIBLIOGRAPHIE	63

INDEX DES ABREVIATIONS

CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme.
Cour eur. D. H.	Cour Européenne des Droits de l'Homme.
ONU	Organisation des Nations-Unies.
UKSC	United Kingdom Supreme Court – Cour Suprême du Royaume-Uni.
URSS	Union des Républiques Socialistes Soviétiques.
USA	United States of America – Etats-Unis d'Amérique.

INTRODUCTION

L'égalité souveraine des Etats est un principe fondamental du droit international¹. Dès lors que les Etats sont également souverains, les juridictions nationales ont toujours été réticentes à se prononcer sur les actes accomplis par des Etats étrangers, en particulier lorsque ces actes ont été accomplis sur leurs propres territoires. Cette réticence se traduit par l'existence de diverses doctrines juridiques, distinctes mais étroitement liées, basées notamment sur la règle de droit international selon laquelle la souveraineté est territoriale². A cet égard, la doctrine de l'act of state (ci-après ; la Doctrine) – parfois également appelée, bien que plus rarement, la doctrine de l'acte de l'Etat – fit son apparition dans les pays de *common law*³. En effet, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis notamment, il est de jurisprudence constante que les juridictions étatiques ne peuvent se prononcer sur la validité des actes souverains étrangers accomplis par les Etats étrangers sur leurs propres territoires⁴ : une telle solution serait commandée par ce que l'on appelle la doctrine de l'act of state⁵.

La Doctrine est originaire des Etats-Unis, celle-ci ayant été initialement développée par les juges américains. La jurisprudence sur le sujet y est d'ailleurs plus abondante. Les pratiques britannique et américaine, si elles se sont réciproquement influencées en la matière, diffèrent cependant à de nombreux égards. Ceci s'explique par le fait que la Doctrine est une pure création jurisprudentielle et que son développement dépend de divers facteurs qui peuvent différer en fonction des Etats. Notamment, les fondements de la Doctrine dépendent, entre autres, de facteurs constitutionnels particuliers qui sont propres à l'Etat du for⁶. Un autre élément ayant également contribué à un développement différent de la Doctrine en droit américain et en droit britannique est probablement le fait que les Etats-Unis ont entretenu davantage de relations commerciales avec des pays instables, tels que les pays d'Amérique latine⁷. Pour rendre compte efficacement de la Doctrine, il est important d'analyser tant le régime américain que le régime britannique, car ceux-ci, bien qu'ils soient différents sur divers aspects et n'aient pas toujours les mêmes implications, s'alimentent l'un l'autre et se sont construits au travers d'influences réciproques. Dans ce mémoire, nous parlerons toujours d'abord du droit américain avant de discuter du droit britannique, ce dernier ayant été développé sous l'influence du premier.

¹ Charte des Nations-Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, art. 2, §1 ; C.I.J., Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), fond, arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 99, § 57.

² M. DAVIES, « Case note : Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co », *Melbourne Journal of International Law*, 2001, p. 523.

³ La *common law* étant comprise dans ce mémoire comme étant le système juridique qui fut d'abord développé en Angleterre dès le XII^{ème} siècle, par les Cours royales de justice principalement. Il s'agit d'un système caractérisé par le fait que le droit est essentiellement formé par les juges. Sont des pays de *common law* la plupart des pays de langue anglaise. La *common law* fut également très influente dans les pays qui furent ou qui sont liés à l'Angleterre politiquement. Voy. C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J., 2015, pp. 86-87 ; R. DAVID, « Les grands systèmes de droit contemporains », 11^e Ed., Paris, Dalloz, 2002, pp. 18, 221.

⁴ P. JULLIARD, « L'arrêt *Banco Nacional de Cuba c/ Sabbatino* », *Ann. fr. dr. int.*, 1965, p. 205.

⁵ G. VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *R.C.A.D.I.*, 1969, p. 518.

⁶ M. ALDERTON, « The Act of State Doctrine: Questions of Validity and Abstention from Underhill to Habib », *Melbourne Journal of International Law*, 2011, p. 15.

⁷ P. HERZOG, « La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1982, pp. 619-620.

Si la Doctrine est bien établie dans les pays de *common law*, elle est, en principe, absente de la pratique judiciaire et de la doctrine d'Europe continentale. Soulignons simplement que la jurisprudence continentale est parfois divisée, certaines juridictions ayant parfois appliqué la Doctrine, alors que la doctrine continentale est plus unanime et s'oppose à l'application du principe de l'act of state⁸.

Etant donné qu'il s'agit d'une création jurisprudentielle, la Doctrine est un concept assez pragmatique et flexible qui connut d'ailleurs de nombreuses évolutions au fil du temps. Cependant, il en résulte également que la Doctrine est obscure et confuse à bien des égards, et de nombreuses décisions judiciaires reflètent une incompréhension de cette théorie de la part des juges eux-mêmes⁹. Si elle fait donc sans aucun doute partie des paysages juridiques britannique et américain, elle n'est toutefois pas à l'abri des critiques et des controverses.

Certes, la doctrine de l'act of state a un caractère purement domestique, mais elle fut développée afin de traiter des questions d'un caractère « international »¹⁰. Il fut en effet considéré qu'elle concernait essentiellement le juste règlement des procédures comportant un élément d'extranéité¹¹. Elle joue ainsi un rôle fondamental dans le cadre des relations étrangères. Notons d'ailleurs dès à présent que la justification originelle invoquée par les juges nationaux pour appliquer la Doctrine fut le respect des principes de souveraineté et d'indépendance ainsi que de la courtoisie internationale.

En ce qu'elle empêche les juridictions d'un Etat de procéder à l'examen de la validité de certains actes étrangers, la Doctrine pourrait constituer, sinon un véritable obstacle, à tout le moins une réelle complication pour les justiciables qui, lésés par de tels actes, cherche à obtenir réparation. Les critiques sont ainsi nombreuses à cet égard. Depuis la Seconde Guerre mondiale, le droit international a connu de profonds changements. Notamment, les matières couvertes par le droit international ont été étendues et, à l'heure actuelle, sont également couverts certains aspects des relations entre un Etat et ses ressortissants. En effet, « *international law has moved from regulating state-to-state conduct, to regulating human rights for the benefit of individuals* »¹² (nous soulignons). Afin d'assurer la protection et l'effectivité des droits de l'Homme, une protection au niveau national est requise. La Doctrine pose question à cet égard. En effet, elle pourrait constituer une règle nationale pouvant être invoquée afin de constituer un obstacle à l'examen judiciaire d'une violation alléguée des droits de l'Homme ou d'autres violations du droit international au motif qu'un acte souverain étranger serait mis, directement voire indirectement, en cause. Dès lors, la doctrine de l'act of state, bien que relevant du droit national, constitue sans aucun doute une préoccupation internationale.

⁸ G. VAN HECKE, *op. cit.* p. 519.

⁹ M. ALDERTON, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹¹ House of Lords, *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 WLR 1353, § 15.

¹² United Kingdom Supreme Court, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 87 par Lord Mance.

Précisons d'ores et déjà qu'il s'agit d'une matière complexe, soulevant d'innombrables questions. Etant donné l'objet limité de ce mémoire, toutes les implications de la Doctrine ainsi que toutes les questions et tous les problèmes qu'elle soulève ne pourront être examinés. Si nous désirons prêter une attention particulière à la pratique britannique au regard des droits de l'Homme, nous ne souhaitons toutefois pas passer à côté d'une analyse plus générale de la Doctrine telle que développée par les juridictions américaines et britanniques. En effet, nous estimons que cela constitue une étape tout à fait indispensable afin d'appréhender la théorie de l'act of state d'une façon aussi correcte, pertinente et globale que possible.

Dans le cadre du présent mémoire, nous nous concentrerons exclusivement sur les courants britannique et américain. L'objet de notre analyse consiste en l'examen de la doctrine de l'act of state seule tout d'abord et, ensuite, de ce qu'elle implique et pourrait potentiellement impliquer lorsque des actes souverains d'Etats étrangers seraient indirectement remis en cause (*indirect impleading*) dans le cadre de procédures mettant premièrement en cause les actes de l'Etat du for.

La première partie de ce mémoire sera consacrée à la seule analyse de la doctrine de l'act of state. Nous commencerons par contextualiser la Doctrine, afin d'en assurer une meilleure compréhension. Dans un premier chapitre, nous définirons ce que l'on entend par « act of state » et par « doctrine de l'act of state ». Précisons dès à présent qu'il n'existe pas une seule et unique définition correcte de ces concepts qui sont relativement confus. Il y aura donc lieu de procéder à de brèves distinctions entre la doctrine de l'act of state et d'autres doctrines qui lui sont similaires mais qui sont bien distinctes, précisément afin de mettre en lumière les possibles confusions et de les éviter. Nous examinerons ensuite les fondements de la Doctrine et ses sources. Dans un deuxième chapitre, nous dégagerons les règles qui découlent de la Doctrine dans la pratique, aux Etats-Unis d'abord, et au Royaume-Uni ensuite, afin d'en comprendre les réelles implications. Un troisième chapitre sera consacré à l'établissement du régime juridique de la Doctrine, c'est-à-dire, premièrement, ses conditions d'applicabilité et, deuxièmement, les exceptions qui la caractérisent. A cet égard, nous distinguerons le régime juridique de la Doctrine aux Etats-Unis et au Royaume-Uni. Enfin, une brève conclusion clôturera cette première partie en résumant et en rappelant les éléments importants qui auront été dégagés.

La seconde partie de ce mémoire consistera en une analyse de la Doctrine au Royaume-Uni exclusivement. Comme nous l'aurons souligné, la doctrine de l'act of state y est interprétée, dans une certaine mesure, différemment qu'aux Etats-Unis, et cela n'est pas sans conséquences. La pratique britannique relative à la Doctrine semble plus problématique que la pratique américaine et mérite une attention particulière. Cela est d'autant plus vrai au vu de la jurisprudence récente en la matière. Nous commencerons par introduire la problématique de l'*indirect impleading* au Royaume-Uni, en précisant pourquoi celle-ci n'est pas présente de la même façon aux Etats-Unis. Après cette brève introduction, nous contextualiserons la problématique à l'aide d'un exemple de jurisprudence. Nous consacrerons un premier chapitre à une rapide analyse de la règle de l'immunité des Etats, en dégageant ses différences avec la Doctrine et les liens qu'elles entretiennent. Nous analyserons la décision récente *Belhaj-*

*Rahmatullah*¹³ de la Cour Suprême du Royaume-Uni dans un second chapitre, celle-ci étant d'une importance considérable en la matière. Nous nous concentrerons, dans un troisième chapitre, au droit d'accès aux tribunaux, afin d'analyser la compatibilité de la Doctrine avec ce droit. Un quatrième et dernier chapitre sera dédié à la question de savoir si la Doctrine constitue un obstacle à la justiciabilité de certains droits de l'Homme.

Nous terminerons par une conclusion générale rassemblant les éléments essentiels que nous aurons eu l'occasion de dégager ainsi que les pistes que nous estimons qu'il serait nécessaire d'envisager relativement à la doctrine de l'act of state.

¹³ United Kingdom Supreme Court, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456.

PARTIE I. LA DOCTRINE DE L'ACT OF STATE

La première partie de ce mémoire sera consacrée à la seule analyse de la doctrine de l'act of state, telle que développée par les juridictions, américaines d'abord, et anglaises ensuite. Il convient tout d'abord de contextualiser la Doctrine, afin de mettre en lumière dès à présent certaines de ses implications dans la pratique.

Contextualisation

Lorsqu'un juge statue sur une affaire d'un caractère international, il se peut que des règles et décisions étrangères doivent être prises en compte et appliquées pour trancher le litige. L'une des questions soulevées dans ce contexte est la suivante : le juge doit-il considérer les actes étrangers comme des faits absolus s'imposant à lui ou peut-il en vérifier la validité préalablement à leur application ? L'existence d'un acte accompli par un Etat étranger constitue un fait indéniable. La validité de cet acte est une autre question ; si un examen de la validité de l'acte étranger est admissible, conclure à l'invalidité de celui-ci conduirait à son inapplication par les juridictions du for. L'acte jugé invalide serait alors dit « inopposable » dans l'ordre juridique de l'Etat du for. Cette question est liée à la doctrine de l'act of state qui commande, en principe, le respect des actes souverains étrangers¹⁴.

Les cas de nationalisation de biens constituent les situations paradigmatiques où la théorie de l'act of state trouva et trouve toujours à s'appliquer. Un Etat A nationalise des biens meubles qui se trouvent sur son territoire, pour ensuite les aliéner. Une fois acquis par un particulier, ces biens sont transférés sur le territoire d'un Etat B, l'Etat du for, devant les juridictions duquel le propriétaire dépossédé revendique ces biens, se prévalant de l'invalidité de l'acte étranger de nationalisation. Dans pareille situation, la Doctrine impose que le juge de l'Etat B s'abstienne de se prononcer sur la validité de cet acte de nationalisation émanant de l'Etat A et accompli sur le territoire de ce dernier¹⁵.

Notons dès à présent que la Doctrine fut également appliquée dans d'autres contextes¹⁶. En effet, aux Etats-Unis, la Doctrine a d'abord et essentiellement trouvé à s'appliquer à ces situations d'expropriation et à des litiges portant sur les lois anti-trust américaines, là où, au Royaume-Uni, la défense de l'act of state fut essentiellement invoquée et discutée dans des affaires portant sur des différends contractuels¹⁷.

¹⁴ G. VAN HECKE, *op.cit.*, pp. 514, 518.

¹⁵ R. ERGEC, « La doctrine de l'Act of State et la jurisprudence belge », *Rev. dr. intern. comp.*, 1984, p. 61.

¹⁶ A titre d'exemple, la Doctrine trouva à s'appliquer également dans le cadre de mesures coercitives destinées à assurer le ravitaillement d'un corps militaire, voy. not. United States Supreme Court, *Underhill v. Hernandez* 168 U.S. 250 (1897) ; Supreme Court of the United States, *Oetjen v. Central Leather Co.* 246 U.S. 297 (1918) ; Supreme Court of the United States, *Ricaud v. American Metal Co., Ltd.* 246 U.S. 304 (1918).

¹⁷ M. SINGER, « The Act of State Doctrine of the United Kingdom: An Analysis, with Comparisons to United States Practice », *Am. J. Int'l L.*, 1981, p. 283.

Chapitre I. Définition, sources et fondements

Dans le présent chapitre, nous procéderons premièrement à l'établissement des définitions de « l'act of state » et de la doctrine de l'act of state (Section I). Nous déterminerons ensuite quelles sont les sources (Section II) et les fondements (Section III) de la Doctrine.

Section I. Définitions

§1. L'act of state

Tout d'abord, il convient de souligner que la nature d'un acte constitutif d'un *act of state* n'a pas été, à l'heure actuelle, totalement clarifiée par les juridictions supérieures. Dès lors, il existe de nombreuses controverses et l'application de la Doctrine est incertaine, les juridictions inférieures manquant d'orientations quant à ce¹⁸.

L'*act of state* est généralement défini comme étant un acte exécutif ou législatif¹⁹ émanant de la puissance publique étrangère et « *par lequel l'Etat étranger met en œuvre les intérêts publics de l'Etat dans les limites de son territoire* »²⁰.

Il est généralement considéré qu'un *act of state* est un acte gouvernemental en ce sens qu'il constitue une matérialisation de la souveraineté étatique²¹ ; en effet, l'acte devrait avoir été adopté par l'Etat dans l'exercice de sa capacité gouvernementale, c'est-à-dire qu'il ne pourrait s'agir d'un quelconque acte de gestion privée²². Etant un acte souverain²³, il est en principe accompli dans les strictes limites des compétences territoriales de l'Etat étranger²⁴.

Pour être constitutif d'un *act of state* dont la Doctrine empêche l'examen, l'acte doit émaner d'un Etat étranger reconnu *de jure* ou *de facto* par l'Etat du for²⁵ au moment de l'action en justice²⁶. L'existence de relations diplomatiques entre l'Etat étranger et l'Etat du for n'est toutefois pas exigée²⁷.

A l'heure actuelle, il semblerait qu'en droit américain, les *acts of state* doivent être également

¹⁸ L. E. PARSEGHIAN, « Defining the Public Act Requirement in the Act of State Doctrine », *U. Chi. L. Rev.*, 1991, pp. 1151-1152, 1167.

¹⁹ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3rd Ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 51, 61.

²⁰ R. ERGEC, « La doctrine de l'Act of State et la jurisprudence belge », *op.cit.*, p. 62.

²¹ *Ibid.*

²² P. JUILLIARD, *op.cit.*, p. 206.

²³ C'est-à-dire un acte autorisé ou ratifié par l'autorité publique et effectué à des fins publiques. Voy. L. E. PARSEGHIAN, *op.cit.*, p. 1168.

²⁴ R. ERGEC, « La doctrine de l'Act of State et la jurisprudence belge », *op.cit.*, pp. 62-63.

²⁵ House of Lords, *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 WLR 1353 ; H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 54 ; P. HERZOG, *op.cit.*, p. 637.

²⁶ Et non au moment de l'accomplissement de l'*act of state*. Par exemple, dans *Underhill v. Hernandez* (voy. *infra*), les actes en cause avaient été accomplis au Venezuela par un mouvement révolutionnaire qui n'était pas, à l'époque des faits, reconnu par les Etats-Unis comme le gouvernement vénézuélien, mais qui l'était lorsque l'action fut portée devant les juridictions américaines. Voy. P. HERZOG, *op.cit.*, p. 637.

²⁷ P. HERZOG, *op.cit.*, p. 637.

compris comme étant des « *juridical acts that purport to have legal effects and hence can be valid or invalid* »²⁸. Cela signifie que seuls les actes susceptibles d'être qualifiés de valides ou invalides, et donc qui sont censés avoir des effets juridiques sur des relations juridiques, pourraient être considérés comme des *acts of state* par les juridictions américaines ; que ces actes puissent être qualifiés de légaux ou illégaux n'aurait pas d'incidence à cet égard²⁹ (voy. *infra* pour plus de développements sur la validité). Précisons toutefois qu'une telle interprétation ne fait pas l'unanimité.

Alors qu'il existerait au moins une décision américaine traitant un acte judiciaire comme un *act of state* justifiant l'application de la Doctrine³⁰, les juges anglais ont quant à eux toujours refusé de considérer les actes judiciaires étrangers comme des *acts of state*³¹ auxquels appliquer la Doctrine³².

§2. La doctrine de l'act of state

A. Définition générale

La doctrine de l'act of state ne reçoit pas, à l'heure actuelle, de définition univoque. Généralement, celle-ci est définie comme étant une « *construction jurisprudentielle d'origine essentiellement anglo-saxonne, [qui] consiste à exclure de l'appréciation du juge la [validité] des 'actes de souveraineté' des États étrangers* »³³ accomplis sur leurs propres territoires. Traditionnellement, il s'agit d'un principe de « *judicial restraint* »³⁴ ou d'un principe de validité, et non d'un principe d'immunité ou d'abstention³⁵. Cela est toujours vrai en droit américain, là où, comme nous le verrons, la Doctrine est parfois constitutive d'une doctrine d'abstention en droit britannique.

En droit britannique, la Doctrine fut plus précisément définie comme « *a common law principle of uncertain application which prevents the English court from examining the legality of certain acts performed in the exercise of sovereign authority within a foreign country or, occasionally, outside it* »³⁶ (nous soulignons). La Doctrine s'appliquerait aussi lorsqu'une réclamation, bien que n'étant pas dirigée directement contre l'Etat étranger concerné, comporte une allégation que cet Etat a agi illégalement³⁷.

²⁸ J. HARRISON, « The American Act of State Doctrine », *Georgetown Journal of International Law*, 2016, p. 516.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Philippine National Bank v. United States District Court for the District of Hawaii* 397 F.3d 768 (9th Cir. 2005).

³¹ Ceux-ci étant pourtant également l'expression de la souveraineté étrangère. Voy. L. VAN PRAAG, *Juridiction et droit international public : la juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*, La Haye, Belinfante, 1915, p. 319.

³² England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, §§ 73, 88, 89.

³³ R. ERGEC, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 1986, p. 74.

³⁴ Restatement of the Law (Third), The Foreign Relations law of the United States, as adopted and promulgated by the American Law Institute, Vol. 1 and 2, AT Washington, D.C., 14 May 1986, p. 367.

³⁵ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 507.

³⁶ House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte (No 1)* [2000] 1 AC 61, [1998] 3 WLR 1456, p. 106 par Lord Nicholls.

³⁷ United Kingdom Supreme Court, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 118 ; P. HERZOG, *op.cit.*, p. 621.

Il est vrai que la Doctrine empêche uniquement l'examen de la validité des *acts of state* étrangers et qu'elle n'implique dès lors pas que les juridictions soient contraintes de rejeter l'affaire portée devant elles. Cependant, lorsque la seule question soulevée devant les juridictions est celle de la validité de ces actes, l'application de la Doctrine aboutira au rejet du recours en justice³⁸.

La Doctrine est, comme nous pouvons le constater, basée sur la nature de l'acte attaqué, c'est-à-dire un acte souverain, et cet acte est présumé valide. Lorsqu'il s'applique, ce principe est donc susceptible de constituer un obstacle à la réparation des personnes éventuellement lésées par l'acte en cause. Toutefois, la voie diplomatique ainsi que les actions judiciaires devant les juridictions de l'Etat ayant accompli l'acte seraient, en principe, des ressources par lesquelles il resterait possible de demander réparation³⁹.

En droit américain, le terme « valide » serait entendu dans son sens juridique standard, à savoir « juridiquement opérant » ; un acte valide ou opérant sera appliqué par les cours et tribunaux et ses effets juridiques seront reconnus, là où un acte invalide ou inopérant sera au contraire ignoré par les juridictions. La Doctrine empêcherait donc les juridictions américaines de déclarer invalides, et donc inopérants, les actes souverains étrangers et leur assurerait l'efficacité juridique. Ainsi, le terme « valide » serait bien distinct du terme « légal » dans l'esprit des juges américains : en effet, statuer en postulant que les *foreign acts of states* concernés ont les effets juridiques qu'ils prétendent avoir n'implique pas que les juridictions considèrent que ces actes sont légaux, c'est-à-dire compatibles avec toute obligation légale pertinente⁴⁰. Un acte peut donc être valide tout en violant une obligation légale⁴¹. Soulignons toutefois qu'une telle interprétation ne fait pas l'unanimité ; certains considèrent que la Doctrine impliquerait également que les juridictions américaines ne puissent se prononcer sur la légalité d'un *foreign act of state*⁴².

En droit britannique, au contraire, le terme « validité » « *is just a useful label with which to refer to a congeries of legal concepts* »⁴³ et il n'y a pas lieu de distinguer les concepts de « *validity, legality, effectiveness, unlawfulness, wrongfulness and so on* »⁴⁴. Dès lors, les juridictions anglaises, par « validité », entendraient également « légalité »⁴⁵.

Par l'examen de la validité de l'acte souverain étranger on entend en général tant sa validité au regard de l'ordre juridique du for qu'au regard de l'ordre juridique international⁴⁶. En droit américain, la

³⁸ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981) 1361.

³⁹ P. JUILLIARD, *op.cit.*, p. 206.

⁴⁰ J. HARRISON, *op.cit.*, pp. 507, 519-522.

⁴¹ Cette interprétation du terme « valide » aurait été rendue claire par l'arrêt *Kirkpatrick* de la Cour Suprême des Etats-Unis (Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990)). Voy. J. HARRISON, *op.cit.*, pp. 507, 519-522.

⁴² M. ALDERTON, *op.cit.*, p. 24.

⁴³ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 110.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 64, 118, 266.

⁴⁶ F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, A. Pedone, 1977, p. 229.

Doctrine est souvent⁴⁷ perçue comme étant une règle de décision interdisant également l'examen de la validité de l'acte au regard de l'ordre juridique de l'Etat ayant accompli l'acte⁴⁸. *A contrario*, en droit britannique, il est considéré que l'application de la doctrine de l'act of state ne constitue pas un obstacle à l'examen de la validité de l'acte au regard de l'ordre juridique de l'Etat étranger l'ayant accompli⁴⁹.

En conclusion, dès lors que la Doctrine s'applique, et sous réserves de certaines exceptions, les *acts of state* étrangers sont reconnus comme étant valides et effectifs dans l'Etat du for (au Royaume-Uni, pour autant qu'ils le soient en vertu de l'ordre juridique de l'Etat ayant accompli l'acte⁵⁰).

B. Théories distinctes

i. *Etats-Unis : la political question doctrine*

La doctrine de l'act of state ne doit pas être confondue avec la political question doctrine. Celle-ci fut développée aux Etats-Unis et impose aux juridictions américaines de s'abstenir de se prononcer sur des « political questions », c'est-à-dire des questions dont la détermination doit être laissée à la discrétion des autres branches du gouvernement et qui sont non-justiciables en raison de leur nature politique⁵¹. La political question doctrine « *requires that the courts defer to the legislative and executive branches when those branches are better equipped to resolve a politically sensitive question* »⁵². La doctrine de la question politique n'est pas, tout comme la doctrine de l'act of state, sujette à une définition claire⁵³.

Différents facteurs permettent d'établir que la question soulevée est une « political question ». Une question politique implique généralement un ou plusieurs des éléments suivants : il ressort clairement de la Constitution que la question soulevée revient à un département politique ; il y a un manque de normes juridiques détectables et gérables pour résoudre la question ; il est impossible de trancher la question sans la détermination initiale d'une politique dont il est clair qu'elle ne peut être laissée à l'appréciation du pouvoir judiciaire ; il est impossible de résoudre l'affaire de façon indépendante sans exprimer un manque de respect dû aux branches coordonnées du gouvernement ; il y a un besoin inhabituel d'adhésion inconditionnelle à une décision politique déjà prise ; il y a une possibilité d'embarras pour des déclarations multiples réalisées par différents départements sur une

⁴⁷ Bien que cette question ne soit pas toujours claire dans la jurisprudence américaine. Voy. not. L. E. PARSEGHIAN, *op.cit.*, pp. 1162-1167.

⁴⁸ R. BARDOS, « Judicial Abstention Through the Act of State Doctrine. *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981). », *Maryland Journal of International Law*, 1981, pp. 179-180 ; P. HERZOG, *op.cit.*, p. 639 ; Restatement of the Law (Third), *op.cit.*, p. 370.

⁴⁹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 73 ; F. A. MANN, « The Foreign Act of state doctrine », *Holdsworth L. Rev.*, 1986, p. 34.

⁵⁰ H. Fox CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 51.

⁵¹ *Ibid.*, p. 58.

⁵² United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981) 1358-1359.

⁵³ *Ibid.*, 1358-1359.

question⁵⁴. Les contours de la doctrine de la question politique sont donc incertains et son application est imprévisible⁵⁵.

La political question doctrine, en obligeant les juridictions américaines de s'abstenir de statuer au fond sur une affaire, permet de limiter les interventions judiciaires dans des questions politiquement sensibles⁵⁶. La doctrine de la question politique et la doctrine de l'act of state sont donc proches en ce qu'elles réalisent toutes deux une fonction de séparation des pouvoirs⁵⁷, et qu'elles sont des expressions de la réticence des juridictions de s'immiscer dans les affaires étrangères ainsi que de leur déférence vis-à-vis du gouvernement américain⁵⁸. Ces deux doctrines « *proposent des façons différentes de poser une question centrale : les tribunaux des Etats-Unis sont-ils les juridictions appropriées pour résoudre les réclamations des demandeurs ?* »⁵⁹. Toutefois, elles sont bien distinctes. Notamment, leurs champs d'application sont distincts (voy. *infra* pour le champ d'application de la doctrine de l'act of state). La political question doctrine est similaire au principe britannique de non-justiciabilité (voy. *infra*). Il s'agit d'un principe d'abstention justifiant le rejet d'une affaire là où la Doctrine ne constitue jamais un principe d'abstention aux Etats-Unis, mais uniquement une règle de décision (voy. *infra*).

ii. Royaume-Uni

a) La doctrine du Crown act of state

La doctrine de l'act of state doit être distinguée de celle du *British Act of State*, également connue sous le nom de la doctrine du *Crown act of state*. Celle-ci est une défense empêchant les juridictions britanniques de statuer sur la légalité des « Crown acts of state », également appelés « prerogative acts »⁶⁰, c'est-à-dire des actes qui, en raison de leur nature, ne sont pas susceptibles d'examen judiciaire⁶¹ ; il s'agit donc d'un principe de non-justiciabilité ou d'abstention judiciaire⁶².

Les « Crown acts of state » sont des actes accomplis dans le domaine des affaires internationales par la couronne britannique et ses agents (pour autant que ces actes soient autorisés ou ratifiés par la Couronne), en dehors du territoire du Royaume-Uni, dans le cadre de ses relations avec un autre Etat ou ses sujets⁶³. La portée de cette doctrine pourrait, en principe, être restreinte dans le cadre d'une action fondée sur le *Human Rights Act 1998* et intentée contre une autorité publique qui

⁵⁴ Supreme Court of the United States, *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962) 217.

⁵⁵ J. S. PETTINATO, « Executing the Political Question Doctrine », *North. Kentucky L. Rev.*, 2006, p. 67.

⁵⁶ E. GIL, « Judicial Answer to Political Question : The Political Question Doctrine in the United States and Israel », *B. U. Pub. Int. L. J.*, 2014, p. 248.

⁵⁷ Supreme Court of the United States, *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962) 210, 217.

⁵⁸ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 59.

⁵⁹ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto plc* 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007) (traduction libre).

⁶⁰ R. ERGEC, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire ? », *op.cit.*, p. 76.

⁶¹ Supreme Court of the United Kingdom, *Rahmatullah v. Ministry of Defence and Mohammed v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1, [2017] 2 WLR 287, § 104.

⁶² *Ibid.*, § 47.

⁶³ *Ibid.*, § 2.

a agi en violation de la Convention européenne des droits de l'Homme. La doctrine du British Act of State est une règle de droit constitutionnel⁶⁴.

b) *Le principe de non-justiciabilité*

Au Royaume-Uni, il existe le principe de non-justiciabilité, étroitement lié à la doctrine de l'act of state mais distinct de celle-ci, et qui empêche les juridictions de statuer, notamment, sur des questions sensibles de droit international⁶⁵. En effet, il est considéré qu'il existe une catégorie d'actes, qu'ils aient été accomplis par un souverain étranger sur son propre territoire ou à l'étranger⁶⁶, qui nécessitent l'abstention judiciaire⁶⁷. En substance, le principe de non-justiciabilité opère donc une distinction entre les litiges impliquant l'autorité souveraine qui ne peuvent être réglés qu'au niveau interétatique et ceux pouvant être résolus à un niveau national par des moyens judiciaires⁶⁸.

Une question est dite justiciable devant une juridiction particulière lorsque la juridiction est compétente et qu'une décision sur cette question est considérée comme appropriée. Le langage utilisé par les cours et les commentateurs ne permet pas toujours de déterminer avec certitude si la question de la justiciabilité est une question de compétence. La distinction entre compétence et justiciabilité n'est pas toujours évidente. En effet, la non-justiciabilité d'une question peut être un élément qui va conduire dans certains contextes une juridiction à se considérer incompétente. Mais la non-justiciabilité peut également être un élément qui déterminera une juridiction compétente à ne pas exercer sa compétence⁶⁹.

Le principe de non-justiciabilité fut clairement identifié dans l'arrêt *Buttes Gas* de la Chambre des Lords⁷⁰. Cette affaire concernait un litige entre deux compagnies pétrolières américaines, Buttes Gas and Oil Co. (Buttes) et Occidental Petroleum Corporation (Occidental), au sujet d'une exploitation pétrolière dans le Golfe Persique. Plus précisément, Dr. A. Hammer, président de Occidental, déclara lors d'une conférence de presse que Buttes faisait usage de méthodes inadéquates et de collusion avec l'Emir de Sharjah afin d'étendre les eaux territoriales de l'Emirat de Sharjah et de bénéficier d'un gisement pétrolier – que Occidental estimait sien – au large de l'île d'Abu Musa. Buttes intenta une action en diffamation contre Hammer et Occidental. Dès lors, Occidental forma une demande reconventionnelle pour conspiration entre Buttes Gas et l'Emir du Sharjah, invoquant qu'ils avaient conspiré et fraudé afin d'escroquer Occidental et d'amener le gouvernement britannique à agir au détriment de Occidental. La demande reconventionnelle concernait donc les droits d'exploration pétrolière au large de l'île d'Abu Musa, la façon dont un différend frontalier avait été résolu entre différents Etats et soulevait diverses questions relatives aux frontières et autres questions interétatiques

⁶⁴ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 61.

⁶⁵ M. DAVIES, *op.cit.*, p. 524.

⁶⁶ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Berezovsky v. Abramovich* [2011] EWCA Civ 153, [2011] 1 WLR 2290, § 87.

⁶⁷ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co. (No 6)* [2000] EWCA Civ 284, [2001] 3 WLR 1117, § 319.

⁶⁸ M. DAVIES, *op.cit.*, p. 529.

⁶⁹ D. MCGOLDRICK, « The boundaries of justiciability », *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 983.

⁷⁰ Devenue la Cour Suprême du Royaume-Uni le 1^{er} octobre 2009, en vertu du Constitutional Reform Act 2005 (2005 c. 4).

et internationales. Dès lors, Buttes demanda le rejet de la demande reconventionnelle, qui constituait le noyau du litige⁷¹.

Dans cet arrêt, Lord Wilberforce souligna que « *there exists in English law a more general principle that the court will not adjudicate on the transactions of foreign sovereign states* »⁷². Ce principe est le principe de non-justiciabilité en vertu duquel « *[t]he important inter-state issues and/or issues of international law (...) are not issues upon which a municipal court can pass (...) [because] there are (...) no judicial or manageable standards by which to judge [the] issues (...)* »⁷³. Dès lors, la demande reconventionnelle fut considérée comme étant non justiciable car « *the court would be in a judicial no-man's land: the court would be asked to review transactions in which four sovereign states were involved, which they had brought to a precarious settlement, after diplomacy and the use of force, and to say that at least part of these were 'unlawful' under international law (...)* »⁷⁴.

On constate que, dans cette affaire, le principe de non-justiciabilité fut appliqué au motif qu'il n'existait pas de « *judicial or manageable standards* » pour trancher les questions soulevées, plutôt que parce que la validité d'un acte souverain étranger était mise en cause⁷⁵. En cela, le principe de non-justiciabilité britannique est similaire à la doctrine américaine de la political question⁷⁶. Le principe de non-justiciabilité n'est toutefois pas limité aux seuls cas similaires à *Buttes Gas*. En effet, il a été considéré que les questions non-justiciables se divisent généralement en deux catégories distinctes⁷⁷.

La première catégorie concerne des questions qui ne peuvent jamais (la non-justiciabilité affectant ces questions est dite « *preclusive* »⁷⁸) être tranchées par les tribunaux car celles-ci sont des questions politiques tombant en dehors des compétences constitutionnelles du pouvoir judiciaire telles qu'attribuées en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. Elles sont politiques en ce sens qu'il n'existe pas de « *manageable or judicial standards* » pour régler ces questions⁷⁹ ; sont ainsi politiques les questions concernant la validité de décisions et d'actes d'Etats souverains qui sont gouvernés par les pouvoirs politiques et pris sur la scène politique internationale⁸⁰. L'affaire *Buttes Gas* tombait dans cette première catégorie ; les actes en cause n'étaient pas gouvernés par le droit mais par les pouvoirs politiques et il n'existait pas de normes claires et gérables pour trancher les questions soulevées. Il est difficile d'imaginer une telle non-justiciabilité en dehors de cas similaires à *Buttes Gas*⁸¹.

⁷¹ G. VAN HECKE et K. LENAERTS, « The act of state doctrine: a continental lawyer looks at the House of Lords ruling *Buttes Gas v. Hammer* », *Rev. b. dr. intern.*, 1986, p. 60.

⁷² House of Lords, *Buttes Gas and Oil Co v. Hammer* [1982] AC 888, [1981] 3 WLR 787, p. 931.

⁷³ *Ibid.*, p. 938A-C.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ M. DAVIES, *op.cit.*, p. 524.

⁷⁶ M. ALDERTON, *op.cit.*, p. 13.

⁷⁷ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 43.

⁷⁸ R. THWAITES, « The changing landscape of Non-Justiciability », *New Zealand Law Review*, 2016, pp. 35-36.

⁷⁹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 90, 239.

⁸⁰ *Ibid.*, § 88.

⁸¹ Supreme Court of the United Kingdom, *Khaira v. Shergill* [2014] UKSC 33, [2014] 3 WLR 1, § 40.

La seconde catégorie concerne les questions qui sont, dans l'abstrait, non justiciables mais qui doivent toutefois être décidées lorsque leur résolution est un préliminaire nécessaire à la résolution d'autres questions justiciables⁸². La non-justiciabilité relative à cette catégorie est donc dite « *presumptive* »⁸³. Cette catégorie comprend les réclamations et les moyens de défense qui ne sont ni fondés sur des obligations ou des droits privés exécutoires ni sur des questions de droit public susceptibles d'examen⁸⁴ ; sont dès lors englobées les questions de droit international qui n'engagent aucun droit privé du demandeur (il n'y a pas de « *domestic foothold* »⁸⁵) ni aucune question de droit public susceptible d'examen. Par exemple, les tribunaux municipaux ne peuvent statuer sur ou faire respecter des droits découlant d'opérations conclues par des Etats indépendants et souverains entre eux sur le plan du droit international⁸⁶. Quant à cette catégorie, les juridictions ne peuvent donc pas « *rule on matters of international law unless in some way they are properly related to the court's determination of some domestic law right or interest* »⁸⁷.

La question de la justiciabilité dépend donc des faits de la cause⁸⁸, et sont prises en compte des considérations relatives à la séparation des pouvoirs et au caractère souverain des Etats étrangers et des activités interétatiques en cause⁸⁹. Le fait qu'il y ait un risque d'embarras de l'Etat du for dans ses relations extérieures, à tout le moins quand cette possibilité a été portée à l'attention de la juridiction par le pouvoir exécutif, est également un élément en défaveur de la justiciabilité d'une question. Par exemple, des questions délicates impliquant la diplomatie entre Etats, ou des questions incertaines ou controversées de droit international pourraient requérir l'abstention judiciaire⁹⁰.

Lorsque le principe de justiciabilité est appliqué, l'effet est que la juridiction ne tranchera pas la question soulevée⁹¹. En ce que ce principe empêche un jugement sur la validité, la légalité, la légitimité, l'acceptabilité ou les motivations des acteurs étatiques, il peut être perçu comme une forme d'immunité *ratione materiae*⁹².

Il existe d'étroites articulations entre le principe de non-justiciabilité et la doctrine de l'act of state. Cette dernière, bien que donnant également effet à une politique de retenue judiciaire, est toutefois plus limitée que le principe de non-justiciabilité⁹³. La Cour Suprême du Royaume-Uni, dans son récent

⁸² *Ibid.*, § 43.

⁸³ R. THWAITES, *op.cit.*, pp. 35-36.

⁸⁴ Supreme Court of the United Kingdom, *Khaira v. Shergill* [2014] UKSC 33, [2014] 3 WLR 1, § 43.

⁸⁵ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 88.

⁸⁶ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 43.

⁸⁷ England and Wales High Court (Administrative Court), *The Campaign for Nuclear Disarmament v. The Prime Minister of the United Kingdom and others* [2002] EWHC 2777 (Admin), [2003] LRC 335, § 35 par Simon Brown LJ.

⁸⁸ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co. (No 6)* [2000] EWCA Civ 284, [2001] 3 WLR 1117, § 319.

⁸⁹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 91.

⁹⁰ M. DAVIES, *op.cit.*, p. 529.

⁹¹ D. MCGOLDRICK, *op.cit.*, p. 986.

⁹² England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 66.

⁹³ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 61.

arrêt *Belhaj-Rahmatullah*, fit d'importants développements relatifs à la doctrine de l'act of state et précisa les liens existant avec le principe de non-justiciabilité (voy. *infra*).

Section II. Sources

La théorie de l'act of state fut initialement développée par les juges américains et, sous leur influence, les juges britanniques suivirent⁹⁴. La Doctrine est donc d'origine jurisprudentielle et nationale. Dès lors qu'il s'agit exclusivement d'une règle de droit national, il n'existe aucune obligation de droit international pour les juges nationaux d'en faire application⁹⁵.

La Doctrine, pure création jurisprudentielle, présente donc tant les avantages que les inconvénients d'un principe développé par les juges au cas par cas au fil du temps. En effet, elle est flexible et pragmatique, étant susceptible d'évolution et pouvant être adaptée aux circonstances. Elle est néanmoins source d'incertitudes, étant obscure, controversée et difficile à définir⁹⁶.

Nous aborderons d'abord l'arrêt de principe aux Etats-Unis et ensuite la jurisprudence fondatrice au Royaume-Uni, les juges américains ayant inspiré le raisonnement des juges britanniques.

§1. Etats Unis

Il est généralement considéré que la Doctrine trouve ses origines aux Etats-Unis avec l'arrêt *Underhill v. Hernandez*⁹⁷ rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis. Notons dès à présent que si cette décision est comprise à l'heure actuelle comme l'arrêt fondateur de la Doctrine, elle est en réalité le résultat d'une application du principe de l'immunité juridictionnelle des représentants des Etats étrangers⁹⁸. Cette confusion démontre la complexité de la Doctrine et l'obscurité qui l'entoure.

Si, comme nous l'avons précisé, la Doctrine s'appliqua d'abord et majoritairement à des cas de confiscation de biens, le célèbre cas *Underhill* n'en était pas un. Cette affaire, portée devant les juridictions américaines, concernait une action en responsabilité délictuelle intentée par Monsieur Underhill, citoyen américain, contre Monsieur Hernandez, au motif que l'armée révolutionnaire que ce dernier commandait au Venezuela avait retenu de force Monsieur Underhill au Venezuela. Ladite armée avait été reconnue par les Etats-Unis comme le gouvernement officiel du Venezuela préalablement à l'action en justice.

Il est considéré que la formulation classique de la doctrine de l'act of state a été énoncée par la Cour Suprême dans cet arrêt : « *[c]haque Etat souverain est tenu de respecter l'indépendance de*

⁹⁴ G. VAN HECKE, *op.cit.*, p. 520.

⁹⁵ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 421.

⁹⁶ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 118.

⁹⁷ Supreme Court of the United States, *Underhill v. Hernandez* 168 U.S. 250 (1897).

⁹⁸ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 509.

chaque autre Etat souverain, et les tribunaux d'un pays ne se feront pas juges des actes du gouvernement d'un autre pays, accomplis à l'intérieur de son territoire »⁹⁹. Il semblerait cependant qu'à l'époque la Cour Suprême fonda sa décision sur la règle de l'immunité. En effet, elle considéra que les juridictions ne statueraient pas (« *will not sit* » en anglais) sur la légalité (et non la validité au sens strict) des actes souverains d'un autre Etat¹⁰⁰.

Toutefois compris à la lumière de la règle de l'act of state, il ressort de ce passage que la Doctrine trouverait son fondement dans le droit international public, et qu'elle serait plus précisément fondée sur les principes d'indépendance et d'égalité des Etats (voy. *infra*)¹⁰¹.

§2. Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la Doctrine fut développée par les juridictions britanniques dans les décisions *Luther v. Sagor*¹⁰² et *Paley Olga (Princess) v. Weisz*¹⁰³. Ayant été rendus à l'époque par la Cour d'Appel et non par la Chambre des Lords, des doutes subsistèrent pendant de nombreuses années quant à la question de savoir si ces arrêts reflétaient de façon définitive l'état du droit britannique. Ces affaires concernaient des actions intentées par des propriétaires expropriés de leurs biens situés en URSS par des décrets Soviétiques de nationalisation¹⁰⁴.

Dans *Luther v. Sagor*, la Cour appliqua la règle de conflit de lois du *lex situs*, c'est-à-dire la règle selon laquelle la validité de l'acte en cause est déterminée par la loi de l'Etat sur le territoire duquel le bien concerné par l'acte était situé. Soulignons que la décision de la Cour fut en réalité déterminée par le fait que le décret soviétique constituait un *act of state* accompli dans l'exercice de son autorité gouvernementale par un gouvernement étranger reconnu. La Cour considéra le titre de propriété acquis en vertu du décret soviétique d'expropriation comme valide¹⁰⁵. Notons que si l'acquisition avait été invalide selon la *lex situs*, il n'y aurait pas eu de raisons pour les juridictions britanniques de la considérer valide¹⁰⁶. La Cour d'appel refusa l'argument selon lequel cette règle du *lex situs* devait être écartée au motif qu'il était contraire à la moralité publique de considérer le décret soviétique comme valide. Elle considéra en effet qu'une décision qui déclarerait qu'une loi étrangère est contraire aux principes essentiels de justice et de moralité constituerait une violation grave de la courtoisie internationale¹⁰⁷. Dès lors, l'implication d'un Etat étranger dans une affaire restreindrait la possibilité pour les cours et tribunaux britanniques de qualifier une loi étrangère de contraire à l'ordre public du for¹⁰⁸. La Cour souligna que « *[i]t is well settled that the validity of the acts of an independent sovereign government in*

⁹⁹ Supreme Court of the United States, *Underhill v. Hernandez* 168 U.S. 250 (1897) 252. Traduction de F. MÜNCH, « Les effets d'une nationalisation à l'étranger », *R.C.A.D.I.*, 1959-III, p. 429.

¹⁰⁰ J. HARRISON, *op.cit.*, pp. 526-531.

¹⁰¹ P. HERZOG, *op.cit.*, p. 620.

¹⁰² England and Wales Court of Appeal, *AM Luther Co. v. James Sagor & Co.* [1921] 3 KB 532, [1921] 7 Ll. L. Rep. 218.

¹⁰³ England and Wales Court of Appeal, *Princess Paley Olga v. Weisz* [1929] 1 KB 718.

¹⁰⁴ B. A. WORTLEY, « The General Principles of Private International Law », *R.C.A.D.I.*, 1958-II, pp. 211-212.

¹⁰⁵ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 63.

¹⁰⁶ F. A. MANN, *op.cit.*, p. 19.

¹⁰⁷ England and Wales Court of Appeal, *AM Luther Co. v. James Sagor & Co.* [1921] 3 KB 532, [1921] 7 Ll. L. Rep. 218, p. 558.

¹⁰⁸ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 63.

relation to property and persons within its jurisdiction cannot be questioned in the courts of this country »¹⁰⁹.

Dans *Princess Paley Olga*, la Cour d'Appel confirma l'existence de la Doctrine en droit britannique en soulignant que « *[t]his court will not inquire into the legality of acts done by a foreign government against its own subjects in respect of property situate in its own territory* »¹¹⁰.

Section III. Fondements

Dans la présente section, nous analyserons les fondements de la doctrine de l'act of state. Ce sont d'abord les exigences de prudence et de respect de la souveraineté étatique étrangère qui justifièrent l'application de la Doctrine. Cette théorie témoignerait à l'heure actuelle tant de la déférence des juges vis-à-vis des gouvernements étrangers que de leur respect des compétences du pouvoir exécutif¹¹¹. La Doctrine serait donc basée sur les principes de souveraineté, d'indépendance et de courtoisie internationale ainsi que sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ces principes constituent les fondements de la Doctrine tant aux Etats-Unis qu'au Royaume-Uni, bien que, au fil du temps, les perceptions américaine et britannique se soient éloignées.

§1. Souveraineté, indépendance et courtoisie internationale

Sur la scène internationale, les Etats sont également souverains et sont indépendants. Dès lors que les Etats sont égaux, un Etat ne détient aucun pouvoir sur un autre¹¹². Le principe de courtoisie internationale requiert quant à lui qu'il soit fait preuve de déférence envers les acteurs gouvernementaux étrangers¹¹³.

La doctrine de l'act of state a parfois été caractérisée comme une règle de droit international public. Cela s'explique par le fait qu'il a été très tôt considéré que c'étaient la courtoisie internationale¹¹⁴ et les principes de souveraineté et d'indépendance des Etats qui commandaient que les juridictions d'un Etat s'abstiennent de statuer sur la validité d'un acte adopté et accompli par un autre Etat sur son propre territoire. Permettre aux tribunaux d'un Etat de se prononcer sur la validité d'un tel acte émanant d'un autre Etat serait contraire à la souveraineté de ce dernier¹¹⁵ et « *[would] imperil the amicable relations between governments and vex the peace of nations* »¹¹⁶. La Doctrine reposerait ainsi « *upon the highest considerations of international comity and expediency* »¹¹⁷.

¹⁰⁹ England and Wales Court of Appeal, *AM Luther Co. v. James Sagor & Co.* [1921] 3 KB 532, [1921] 7 Ll. L. Rep. 218, p. 548 par Warrington L.J.

¹¹⁰ England and Wales Court of Appeal, *Princess Paley Olga v. Weisz* [1929] 1 KB 718.

¹¹¹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 225.

¹¹² United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC)* 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981) 1357.

¹¹³ W. S. DODGE, « International comity in American Law », *Colum. L. Rev.*, 2015, p. 2140.

¹¹⁴ N. Y. Sup. Ct., *Hatch v. Baez* 7 Hun 596 (1876) 599.

¹¹⁵ X., « Comment : The Act of State doctrine – its relation to private and public international law », *Colum. L. Rev.*, 1962-7, p. 1282.

¹¹⁶ Supreme Court of the United States, *Oetjen v. Central Leather Co.* 246 U.S. 297 (1918) 304.

¹¹⁷ *Ibid.*, 298.

Concernant la souveraineté, il fut toutefois souligné que « *[i]t is difficult to see why common law should afford greater respect for the sovereign equality of other states than is required by international law. To recognise an obligation not to adjudicate on acts of a foreign state when the courts of other states do not acknowledge any similar obligation and none exists at international law is not to treat other states as equals. It is to voluntarily adopt a position of inferiority towards other states, which is out of keeping with international norms* »¹¹⁸. Quant à la courtoisie internationale, il fut reconnu par la jurisprudence que, juridiquement, elle ne constituait ni une obligation absolue d'une part, ni une simple démonstration de bonne foi d'autre part¹¹⁹.

De plus, il n'existe pas de décisions judiciaires ou arbitrales internationales soutenant la proposition selon laquelle la reconnaissance des actes officiels étrangers serait prescrite par le droit international¹²⁰. D'ailleurs, le principe de l'égalité souveraine des Etats doit être mis en balance avec le principe selon lequel chaque Etat détient la souveraineté sur son propre territoire ; dans les pays de *civil law*¹²¹, la tendance est d'ailleurs à faire prévaloir la souveraineté du for¹²².

Dès lors, s'il peut être dit que la théorie de l'act of state découle de l'ordre international ou du système des Etats-nations souverains, il ne peut toutefois être soutenu que cette règle découle du droit international public lui-même¹²³. Preuve en est qu'elle n'est pas reconnue et acceptée dans tous les Etats. La Doctrine ne pouvant être considérée comme une règle de nature internationale, un Etat ne pourrait être condamné du fait que ses juridictions ne l'appliquent pas. De même que le droit international n'impose pas l'application de la théorie de l'act of state, il ne s'y oppose pas, en ce compris lorsqu'il est allégué que l'act of state en cause constitue une violation du droit international¹²⁴.

§2. Séparation des pouvoirs

A. Etats-Unis

Aux Etats-Unis, cette théorie fut d'abord perçue comme une expression du droit international¹²⁵. Toutefois, en 1964, la Cour Suprême des Etats-Unis souligna que la Doctrine avait des « *fondements constitutionnels* »¹²⁶. Cela ne signifie pas qu'il s'agit d'une règle imposée par la Constitution¹²⁷. Par ces mots, la Cour Suprême entendait souligner que c'était d'abord le principe constitutionnel de la

¹¹⁸ England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 3846 (QB), § 156 par Leggatt J.

¹¹⁹ Supreme Court of the United States, *Hilton v. Guyot* 159 U.S. 113 (1895) 163-164.

¹²⁰ X., « Comment : The Act of State doctrine – its relation to private and public international law », *op. cit.*, p. 1283.

¹²¹ Dans le présent mémoire, le *civil law* fait référence au système juridique qui s'est formé à partir du XIII^{ème} siècle sur la base du droit romain et qui se caractérise par une grande codification. Les pays de civil law sont dispersés dans les régions du monde entier. Voy. R. DAVID, *op. cit.*, pp. 16-18, 25.

¹²² N. ANGELET, « Les juges belges face aux actes des organisations internationales », in *Les juges belges face aux actes adoptés par les Etats étrangers et les organisations internationales : quel contrôle au regard du droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 23.

¹²³ D. WALLACE JR., « Introductory Remarks », in *Act of state and extraterritorial reach : problems of law and policy*, Chicago, American Bar Association, 1983, p. 6.

¹²⁴ C. A. BRADLEY et J. L. GOLDSMITH, *Foreign Relations Law : Cases and Materials*, 6th Ed., New York, Wolters Kluwer, 2017.

¹²⁵ Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990) 405.

¹²⁶ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 423 (traduction libre).

¹²⁷ D. WALLACE JR., *op. cit.*, p. 6.

séparation des pouvoirs qui justifiait la Doctrine, principe considéré comme « *central to [their] form of democratic government* »¹²⁸. Dès lors, la doctrine américaine de l'act of state est avant tout perçue à l'heure actuelle comme étant l'expression du « (...) *strong sense of the Judicial Branch that its engagement in the task of passing on the validity of foreign acts of state may hinder, rather than further, this country's pursuit of goals both for itself and for the community of nations as a whole in the international sphere* »¹²⁹.

En effet, dans le système constitutionnel américain, c'est au pouvoir exécutif seul que revient la conduite des relations internationales¹³⁰ et la conception ainsi que l'exécution de la politique étrangère américaine. La doctrine de l'act of state se justifierait dès lors afin d'éviter que le pouvoir judiciaire n'entrave les actions de l'Exécutif ou n'empiète sur son domaine de compétences¹³¹ ; s'il statuait sur des actes souverains étrangers, le pouvoir judiciaire serait susceptible de gêner le pouvoir exécutif dans l'accomplissement de ses compétences constitutionnelles. Par exemple, la déclaration judiciaire de l'invalidité d'un *foreign act of state* pourrait empêcher l'aboutissement d'une négociation menée par le pouvoir exécutif avec un gouvernement étranger visant à trouver un arrangement global concernant cet acte¹³², tout comme une déclaration de validité d'un tel acte pourrait également gêner les pouvoirs exécutif et législatif dans l'hypothèse où l'un d'eux souhaiterait condamner l'acte en question¹³³.

Dès lors, la Doctrine constituerait la reconnaissance des « *institutional limitations of the courts and the peculiar requirements of successful foreign relations. To participate adeptly in the global community, the United States must speak with one voice and pursue a careful and deliberate foreign policy. The political branches of our government are able (...) to carry on foreign relations in accordance with the best interests of the country as a whole. The courts, in contrast, focus on single disputes and make decisions on the basis of legal principles* »¹³⁴.

Si certains considèrent que la Doctrine constituait une stricte règle constitutionnelle, ceux-ci soutenant qu'une règle ne pouvait avoir des fondements constitutionnels sans faire partie de la Constitution¹³⁵, cela n'est toutefois pas le cas¹³⁶. La Doctrine constitue une règle créée par les juridictions¹³⁷ afin d'éviter d'embarrasser l'Exécutif dans la conduite des relations étrangères¹³⁸.

¹²⁸ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981) 1359.

¹²⁹ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 423.

¹³⁰ The Constitution of the United States of America, 17 septembre 1787, article 2, section II ; P. JUILLIARD, *op.cit.*, p. 206.

¹³¹ P. JUILLIARD, *op.cit.*, p. 206 ; G. VAN HECKE, *op.cit.*, p. 521.

¹³² G. VAN HECKE, *op.cit.*, p. 521.

¹³³ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981) 1361.

¹³⁴ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981) 1358.

¹³⁵ P. HERZOG, *op.cit.*, p. 633.

¹³⁶ X., « Comment : The Act of State doctrine – its relation to private and public international law », *op. cit.*, p. 1286.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ United States District Court for the Southern District of New York, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 193 F. Supp. 375 (S.D.N.Y. 1961) 381.

B. Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la doctrine de l'act of state est influencée par le principe de la séparation des pouvoirs¹³⁹, dans une moindre mesure toutefois qu'aux Etats-Unis. Il est vrai que la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni n'a pas été historiquement constante¹⁴⁰. Dès lors, les justifications originelles de la Doctrine, à savoir le respect de l'égalité souveraine entre Etats et de la courtoisie internationale, continuent d'en constituer les fondements premiers¹⁴¹.

Chapitre II. Les règles qui découlent de la Doctrine dans la pratique

Afin de rendre compte efficacement de la Doctrine, il est nécessaire d'analyser les règles qui en découlent dans la pratique. Les pratiques américaine (Section I) et britannique (Section II) diffèrent substantiellement à cet égard et il convient donc de les distinguer.

Section I. Aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la Doctrine est constitutive d'une règle non-écrite de droit fédéral ; il s'agit de *common law*¹⁴² fédérale. Selon la Cour Suprême des Etats-Unis, la Doctrine réalise une fonction de choix de loi ; la théorie de l'act of state répond par la positive à la question de savoir si les juridictions américaines doivent appliquer le droit d'un autre Etat pour décider certaines affaires portées devant elles. Par exemple, dans *Sabbatino*¹⁴³ (voy. *infra*) le décret d'expropriation cubain permettait de décider la question du titre de propriété¹⁴⁴. Dès lors, contrairement à la Doctrine telle que développée au Royaume-Uni, la théorie américaine de l'act of state constitue uniquement une règle spéciale de décision, et jamais un principe d'abstention¹⁴⁵.

Alors que la Doctrine fut d'abord développée dans un souci de respect du souverain étranger – et, rappelons que telle est toujours la préoccupation première des juridictions britanniques lorsqu'elles en font application –, les juridictions américaines commencèrent à l'appliquer également lorsqu'il existait un risque d'embarras du souverain étranger (et, par conséquent, du pouvoir exécutif du for). D'une « *doctrine of respect* »¹⁴⁶, la théorie américaine de l'act of state évolua vers une « *doctrine of embarrassment* »¹⁴⁷, ce qui ne fut pas le cas au Royaume-Uni. Une telle solution ne pouvant être

¹³⁹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 225.

¹⁴⁰ E. SMITH, « Acts of state in *Belhaj* and *Rahmatullah* », *L. Q. R.*, 2018, p. 25.

¹⁴¹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 212.

¹⁴² Ici, au sens de droit des juges. Voy. J. HARRISON, *op.cit.*, pp. 512, 514.

¹⁴³ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964).

¹⁴⁴ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 564.

¹⁴⁵ A. ANTOIS, « 'Political question doctrine' et 'Act of State' : quand le juge américain s'abstient de juger », *Le Petit Juriste*, 12 février 2017, disponible sur <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-compare/political-question-doctrine-act-of-state-juge-americain-sabstient-de-juger/> (21 mai 2018) ; Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990) 410.

¹⁴⁶ M. SINGER, *op.cit.*, p. 291.

¹⁴⁷ *Ibid.*

justifiée par le droit international, c'est le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui fut utilisé comme justification ; le pouvoir judiciaire ne peut embarrasser le pouvoir exécutif dans la conduite des relations extérieures¹⁴⁸. Dès lors, la Doctrine américaine se développa comme un principe flexible et lié à la political question doctrine, son application étant largement influencée par l'opinion du pouvoir exécutif concernant les conséquences pour la politique étrangère américaine¹⁴⁹. S'il fut soutenu que cette règle se justifiait afin d'assurer le respect de la séparation des pouvoirs, on pourrait considérer qu'une telle règle constituait au contraire une entrave, par le pouvoir exécutif, à l'exercice de ses compétences constitutionnelles par le pouvoir judiciaire¹⁵⁰. Soulignons dès à présent que l'arrêt *Kirkpatrick*¹⁵¹ (voy. *infra*), rendu en 1990, peut être interprété comme ayant restreint la portée de la Doctrine telle que nous venons de la décrire.

Section II. Au Royaume-Uni

Les règles qui découlent de la Doctrine au Royaume-Uni méritent de plus amples développements. La Cour Suprême du Royaume-Uni, dans son arrêt récent *Belhaj-Rahmatullah*, a clarifié la matière. Cette décision constitue l'une des plus détaillées concernant la Doctrine. Cet arrêt est remarquable à plusieurs égards, et notamment par l'identification de trois règles sous l'appellation générale de « act of state doctrine » en droit britannique. Notons dès à présent que cette classification est toutefois discutée au Royaume-Uni et ne fit pas l'unanimité entre les juges ayant rendu la décision¹⁵².

Une quatrième règle fut également proposée par les juridictions inférieures, à savoir une règle qui empêcherait les juridictions britanniques d'enquêter sur des actes souverains étrangers lorsque le *Foreign Office* leur communiquerait une opinion du gouvernement selon laquelle cela embarrasserait le Royaume-Uni dans ses relations internationales¹⁵³. La Cour Suprême du Royaume-Uni considère toutefois qu'il n'y a pas lieu d'étendre la Doctrine avec une telle règle. La question de l'embarras est seulement prise en compte dans l'appréciation de la justiciabilité d'une question¹⁵⁴ (voy. *supra*).

§1. Une règle de droit international privé

La première règle identifiée est une règle de droit international privé, en vertu de laquelle les juridictions britanniques doivent reconnaître l'existence et traiter comme valides les actes législatifs d'un

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 212.

¹⁵⁰ Telle est la position au Royaume-Uni : « *that would involve the executive dictating to the judiciary, which would be quite unacceptable* ». Voy. Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 149.

¹⁵¹ Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990).

¹⁵² En effet, Lord Sumption identifie uniquement deux règles : la première, appelée « *municipal law act of state* », correspondrait aux deux premières règles identifiées par Lord Mance et Lord Neuberger et expliquées dans le corps du texte ; la seconde, appelée « *international law act of state* », correspondrait à la troisième règle identifiée par les Lords Mance et Neuberger et reprises dans le corps du texte. Voy. Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 228, 234.

¹⁵³ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [[2017] 2 WLR 456, § 124.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §§ 11(iv)(d), 41.

autre Etat qui sont relatifs aux biens mobiliers et immobiliers situés à l'intérieur de la juridiction de ce dernier Etat¹⁵⁵. Il sera ci-après fait référence à cette règle par l'utilisation des termes « la première règle ».

§2. Une règle spécifique d'abstention

En vertu de la seconde règle identifiée dans *Belhaj-Rahmatullah*, à considérer qu'elle existe, et à tout le moins en temps de troubles civils, la validité des actes souverains relatifs aux biens mobiliers et immobiliers situés à l'intérieur de la juridiction de l'Etat dont émane ces actes ne sera pas questionnée par les juridictions britanniques. Cette deuxième règle peut dès lors être considérée comme une règle spécifique d'abstention¹⁵⁶ en ce sens que les cours et tribunaux doivent s'abstenir d'examiner la validité de ces *acts of state*. Il sera ci-après fait référence à cette règle par l'utilisation des termes « la deuxième règle ».

§3. Un principe d'abstention ou de non-justiciabilité

La troisième règle qui découle de la théorie de l'act of state est un principe d'abstention ou de non-justiciabilité impliquant qu'une juridiction doit s'abstenir de statuer sur certains actes de souveraineté d'Etats étrangers qui sont accomplis en dehors des juridictions de ces Etats ; la non-justiciabilité de ces actes justifierait cette solution¹⁵⁷.

Une telle règle n'existe pas dans le régime américain ; en effet, l'équivalent américain du principe britannique de non-justiciabilité, la political question doctrine, est bien distinct de la doctrine américaine de l'act of state. Cette relation entre un principe d'abstention et la doctrine de l'act of state fut à l'origine de nombreuses confusions et une telle combinaison de doctrines d'abstention et de validité fut critiquée. En effet, les questions d'abstention sont déjà controversées en elles-mêmes et le fait de les combiner avec les questions de validité contribue à alimenter l'incertitude autour de ces doctrines. Certains auteurs considèrent dès lors que la meilleure approche serait de traiter la question de la justiciabilité comme une question préliminaire de compétence et de laisser la doctrine de l'act of state s'appliquer au fond¹⁵⁸.

Il sera ci-après fait référence à cette règle par l'utilisation des termes « la troisième règle ». Soulignons dès à présent que la seconde partie de ce mémoire portera plus précisément sur cette troisième et dernière règle.

¹⁵⁵ *Ibid.*, §§ 35, 37, 121.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §§ 38, 74-78, 122.

¹⁵⁷ *Ibid.*, §§ 40, 123.

¹⁵⁸ M. ALDERTON, *op.cit.*, p. 24.

§4. Conclusion

Nous pouvons conclure de ce qui précède que les deux premières règles identifiées constituent des règles de décision (« *rules of decision* »)¹⁵⁹. La troisième règle quant à elle est un principe d'abstention judiciaire (« *principle of judicial abstention* »)¹⁶⁰.

La Cour d'Appel considéra dans son arrêt *Yukos* que le principe de non-justiciabilité identifié par Lord Wilberforce dans *Buttes Gas* n'était pas distinct de la doctrine de l'act of state mais en constituait plutôt la réaffirmation¹⁶¹. Ceci est toutefois le fruit d'une confusion. La Cour Suprême maintient effectivement la distinction entre la Doctrine traditionnelle et le principe de non-justiciabilité : « *[f]oreign act of state in one sense requires a domestic court to accept without challenge the validity of certain foreign state acts, but in another sense it is a broader principle of non-justiciability, whereby the domestic court must simply declare itself incompetent to adjudicate* »¹⁶² (nous soulignons).

La doctrine traditionnelle de l'act of state, qui englobe les deux premières règles, fonctionne comme une « *rule of decision* », c'est-à-dire comme une règle qui impose aux cours et tribunaux de statuer sur une affaire en traitant les actes pertinents adoptés par un Etat étranger comme s'ils étaient valides, sans procéder à un examen de cette validité. Le principe d'abstention empêche quant à lui un tribunal de statuer sur une affaire au motif qu'une décision judiciaire ne peut être adoptée quant à cette affaire en raison de son objet¹⁶³ ; « *an issue is said to be inherently unsuitable for judicial determination by reason only of its subject-matter* »¹⁶⁴. La troisième règle est une règle basée sur la retenue judiciaire qui concerne, à tout le moins en partie, les accords entre Etats et n'est pas limitée aux actes accomplis sur les territoires des Etats les ayant adoptés, alors que les deux premières règles concernent en principe toujours les actes d'un seul Etat accomplis sur son propre territoire¹⁶⁵. Ces règles sont bien différentes et il est absolument essentiel de maintenir les distinctions entre elles¹⁶⁶.

Chapitre III. Régime juridique

La doctrine de l'act of state étant d'origine jurisprudentielle, sa portée et ses limites ont été développées au travers de décisions judiciaires. Ce chapitre étant consacré à l'analyse du régime juridique la Doctrine, il sera parfois nécessaire, pour en rendre compte efficacement, d'analyser brièvement certains arrêts de principe ayant contribué à son établissement.

¹⁵⁹ England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 3846 (QB), § 123.

¹⁶⁰ *Ibid.*, § 117.

¹⁶¹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 66.

¹⁶² Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 7 par Lord Mance.

¹⁶³ England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 3846 (QB), § 123.

¹⁶⁴ Supreme Court of the United Kingdom, *Khaira v. Shergill* [2014] UKSC 33, [2014] 3 WLR 1, § 41.

¹⁶⁵ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 146.

¹⁶⁶ *Ibid.*, § 40.

Nous commencerons par analyser les conditions d'applicabilité de la Doctrine, avant de nous intéresser aux exceptions qui la caractérisent, tout en opérant des distinctions entre les régimes américain et britannique. Soulignons dès à présent que seuls certains des arrêts les plus importants seront abordés ci-après et que là où il sera nécessaire d'examiner certaines décisions américaines pour établir le régime juridique de la Doctrine et ses exceptions, cela n'impliquera pas nécessairement une analyse de décisions britanniques, et inversement.

Section I. Applicabilité de la Doctrine

§1. Aux Etats-Unis

Deux arrêts de principe de la Cour Suprême des Etats-Unis permettent de rendre compte de ce qu'est, à l'heure actuelle, la doctrine de l'act of state¹⁶⁷. Il s'agit des décisions *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*¹⁶⁸ et *W.S. Kirkpatrick Co. v. Environmental Tectonics Corp*¹⁶⁹. L'arrêt *Sabbatino*, rendu en 1964, fournit un exemple concret du fonctionnement de la Doctrine lorsqu'elle est appliquée. Nombreux sont également ceux qui considèrent que c'est par cet arrêt que la théorie de l'act of state fut amenée au centre de la scène¹⁷⁰. Cette décision est également importante en ce que la Cour Suprême introduisit certaines exceptions à la Doctrine (voy. *infra*). Quant à *Kirkpatrick*, arrêt plus récent, il établit le champ d'application de la Doctrine de façon relativement claire, bien qu'elle fût jugée inapplicable pour le cas de l'espèce¹⁷¹.

A. L'arrêt Sabbatino

i. Les faits

En 1960, le gouvernement cubain procéda à la nationalisation de toutes les entreprises sous contrôle américain qui étaient établies à Cuba et qui y exerçaient leurs activités. L'une des entreprises touchées par ces mesures de nationalisation fut la Compania Azucarera Vertientes Camaguey de Cuba (la C.A.V.), importante productrice de sucre. A l'époque de la nationalisation, la société devait livrer une cargaison de sucre à un courtier en marchandises new-yorkais, Farr, Whitlock et Co., en vertu d'un contrat d'achat. Suite à la nationalisation de l'entreprise, le gouvernement cubain prit toutefois possession du sucre cubain et n'en autorisa l'exportation que pour autant qu'un contrat d'achat soit conclu avec l'organisme d'Etat cubain successeur de la C.A.V., une Banque d'Etat cubaine. A la suite de la livraison de la cargaison de sucre à New-York, la créance fut toutefois payée par les négociants Farr et Whitlock à l'Administrateur provisoire des biens de la C.A.V., Monsieur Sabbatino, défendeur.

¹⁶⁷ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 510.

¹⁶⁸ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964).

¹⁶⁹ Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990).

¹⁷⁰ D. WALLACE JR., *op.cit.*, p. 4.

¹⁷¹ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 510.

En conséquence, la Banco Nacional de Cuba, demanderesse, intenta une action devant les tribunaux fédéraux américains aux fins d'obtenir le transfert de la somme¹⁷².

ii. Décisions

Le tribunal fédéral de district, tout comme la Cour d'Appel, rejetèrent la demande de la Banco Nacional de Cuba au motif que l'acte de nationalisation cubain était contraire au droit international et que, dès lors, le titre de propriété demeurerait aux mains du propriétaire initial¹⁷³.

Toutefois, la Cour Suprême considéra que, en vertu de la doctrine de l'act of state, les tribunaux américains ne pouvaient questionner la validité de l'acte de nationalisation cubain par référence au droit international¹⁷⁴. Elle décida que la possible contrariété de cet acte avec les règles du droit international ne constituait pas un obstacle à l'application de la Doctrine, ces règles internationales étant sujettes, à tout le moins à cette époque (1964), à débats et contestations en matière de nationalisation¹⁷⁵. Elle précisa que « *the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of the suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law* »¹⁷⁶. La Cour jugea que la Banco Nacional de Cuba devait récupérer le prix d'achat et souligna que l'indemnisation de l'expropriation pouvait être obtenue par la voie de négociations diplomatiques¹⁷⁷. Elle conclut que « *the act of state doctrine is applicable even if international law has been violated* »¹⁷⁸. La Doctrine fut critiquée à cet égard car elle fut perçue comme une limitation de la possibilité pour les juridictions américaines d'appliquer le droit international coutumier¹⁷⁹.

Dès lors, la théorie américaine de l'act of state est bien fondée sur la distinction entre validité et légalité ; en effet, en vertu de la Doctrine, un acte souverain étranger, bien qu'étant contraire aux normes internationales, peut néanmoins s'imposer aux juridictions américaines et sortir ses effets juridiques¹⁸⁰.

Soulignons qu'il semble que si la courtoisie internationale et les règles de conflit de lois jouèrent un rôle dans la décision prise par la Cour, c'est véritablement la déférence du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif qui joua un rôle majeur¹⁸¹. Cette décision est une illustration que la Doctrine aux Etats-Unis est premièrement fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs et l'arrêt *Sabbatino*

¹⁷² P. JUILLIARD, *op.cit.*, p. 207-209 ; G. VAN HECKE, *op.cit.*, p. 520.

¹⁷³ G. VAN HECKE, *op.cit.*, p. 521 ; H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 54.

¹⁷⁴ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, pp. 54-55.

¹⁷⁵ J. HARRISON, *op.cit.*, pp. 512-513 ; G. VAN HECKE, *op.cit.*, p. 521.

¹⁷⁶ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 428.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 432.

¹⁷⁸ *Ibid.*, 431.

¹⁷⁹ H. H. KOH, « Transnational Public Law Litigation », *Yale L. J.*, 1991, p. 2363.

¹⁸⁰ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 511.

¹⁸¹ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 55.

permet également d'établir que la Doctrine faisait partie du droit fédéral des USA. Toutefois, cet arrêt fut critiqué, celui-ci laissant en effet confuse la portée exacte de ce principe¹⁸².

iii. « Balancing test »

Avec cette décision, la Cour exprima que les préoccupations à l'origine de la Doctrine étaient mieux servies non par une règle rigide mais par une règle flexible dont l'application dépend d'un « *balancing test* » incluant trois facteurs¹⁸³. En affirmant qu'il y avait lieu de tenir compte de certaines considérations de politique publique pour déterminer si la théorie de l'act of state s'appliquait ou non, la Cour Suprême des Etats-Unis évolua donc vers un usage flexible de cette théorie au cas par cas¹⁸⁴.

Ainsi, il a été considéré que l'existence, au niveau international, d'un degré élevé de codification ou d'un consensus sur la matière concernée par l'affaire portée devant les cours et tribunaux justifiait le refus d'appliquer la Doctrine¹⁸⁵. En effet, dans *Sabbatino*, en refusant de reconnaître une quelconque violation du droit international comme étant une exception à la doctrine de l'act of state, la Cour Suprême des USA établit que toute exception devait être limitée aux violations du droit international qui pouvaient rationnellement être distinguées du reste¹⁸⁶.

Il a également été reconnu que, au plus les implications d'une question sont faibles pour les relations extérieures des Etats-Unis, au moins l'exclusivité de la compétence du pouvoir exécutif, à qui revient les affaires de politique étrangère, se justifie quant à cette question¹⁸⁷.

Finalement, le fait que le gouvernement de l'Etat étranger ayant accompli l'acte souverain en cause n'existe plus¹⁸⁸ fut également considéré comme un élément à prendre en compte et pouvant justifier que l'application de la Doctrine soit écartée¹⁸⁹.

B. L'arrêt *Kirkpatrick & Co.*

i. Les faits

Dans cette affaire, un soumissionnaire non retenu pour un contrat de construction avec le gouvernement nigérian intenta une action en dommages et intérêts devant les juridictions américaines

¹⁸² P. HERZOG, *op.cit.*, p. 625.

¹⁸³ L. E. PARSEGHIAN, *op.cit.*, p. 1157.

¹⁸⁴ House of Lords, *Buttes Gas and Oil Co v. Hammer* [1982] AC 888, [1981] 3 WLR 787, p. 934C ; Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990) 409.

¹⁸⁵ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 428 ; United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto plc* 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007).

¹⁸⁶ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 253.

¹⁸⁷ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 428.

¹⁸⁸ Comme c'était par exemple le cas dans l'affaire *Bernstein* (voy. *infra*).

¹⁸⁹ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 428 ; United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto plc* 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007).

contre le soumissionnaire retenu, alléguant que ce dernier avait obtenu le contrat par la corruption des fonctionnaires nigériens, et ce en violation des lois nigérianes et américaines.

ii. Décisions

Le tribunal de district décida que la Doctrine était applicable et que celle-ci faisait obstacle à une enquête judiciaire sur la motivation de l'acte souverain adopté à l'étranger car cela risquerait d'embarrasser le souverain étranger ou de constituer une ingérence du pouvoir judiciaire dans la conduite des affaires extérieures par le pouvoir exécutif américain. Le tribunal trancha alors en faveur du soumissionnaire retenu car il considéra que rendre un jugement en faveur du soumissionnaire non retenu impliquerait d'imputer une motivation illégale (la réception de pots-de-vin) aux fonctionnaires étrangers, et cela conduirait dès lors à l'embarras du souverain étranger et à celui du pouvoir exécutif dans la conduite des affaires extérieures¹⁹⁰.

La Cour d'Appel infirma ce jugement, considérant que l'embarras du pouvoir exécutif dans la conduite des affaires extérieures n'était pas manifeste¹⁹¹.

La Cour Suprême quant à elle décida que la doctrine de l'act of state ne s'appliquait pas, au motif que trancher l'affaire n'impliquait pas pour les juridictions américaines de se prononcer sur la validité de l'acte souverain étranger : « *the validity of no foreign sovereign act is at issue* »¹⁹². La seule question soulevée portait sur les circonstances et la motivation qui avaient conduit à l'adoption de l'acte¹⁹³, à savoir est-ce que des pots-de-vin avaient effectivement été payés. Si c'était le cas, leurs conséquences et la question de leur légalité étaient une affaire de droit américain, et non de droit nigérian¹⁹⁴. Selon la Cour, il ne suffisait pas, pour que la Doctrine entre en application, que les éléments nécessaires à établir pour qu'il soit fait droit à la requête démontrent également que le contrat conclu avec le gouvernement nigérian était invalide. La question soulevée devant les juridictions n'était pas la validité de ce dernier. La Cour considéra qu'il ne suffisait pas non plus, pour que la Doctrine s'applique, qu'un jugement rendu en faveur du soumissionnaire non-retenu ait pour effet d'imputer aux fonctionnaires étrangers des motivations irrégulières dans l'accomplissement d'actes officiels¹⁹⁵. Pour que la Doctrine s'applique, « *a court must decide – that is, when the outcome of the case turns upon – the effect of official action by a foreign sovereign. When that question is not in the case, neither is the act of state doctrine* »¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990) 400.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*, 410.

¹⁹³ H. Fox CMG QC et P. Webb, *op.cit.*, p. 57.

¹⁹⁴ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 98.

¹⁹⁵ Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990) 400.

¹⁹⁶ *Ibid.*, 406.

iii. Deux conditions d'application

Ainsi, la Cour précisa les conditions d'application de la Doctrine dans son arrêt *Kirkpatrick*, là où *Sabbatino* avait laissé place à l'incertitude. Pour qu'elle soit appliquée il faut, premièrement, que soit en cause un acte officiel d'un souverain étranger accompli sur son propre territoire. Deuxièmement, il faut qu'il soit demandé à la juridiction devant laquelle l'affaire est portée de déclarer invalide l'acte officiel accompli par un souverain étranger sur son propre territoire¹⁹⁷.

Si ces deux conditions ne sont pas rassemblées, la Doctrine n'est pas applicable. Dès lors que les juridictions américaines peuvent statuer alors même que leurs constatations judiciaires pourraient embarrasser un souverain étranger, certains auteurs ont perçu cette jurisprudence de la Cour Suprême comme réduisant la portée de la Doctrine¹⁹⁸. La Cour précisa d'ailleurs dans sa décision que la doctrine de l'act of state n'est pas un principe d'abstention judiciaire dont l'application se justifie dès que la conduite des relations extérieures par le pouvoir exécutif risque d'être affectée. Elle souligna qu'il s'agit d'une règle de décision exigeant que les actes souverains étrangers soient présumés valides par les cours et tribunaux¹⁹⁹. Dès lors, la Doctrine est une règle de décision et non un obstacle à une décision au fond, comme le serait un principe d'abstention ou de compétence²⁰⁰.

§2. Au Royaume-Uni

Dans le présent paragraphe, nous nous limiterons au champ d'application de la Doctrine dite traditionnelle. La question du champ d'application de la troisième règle sera discutée dans la seconde partie de ce mémoire, de façon plus concrète et en lien avec l'affaire *Belhaj-Rahmatullah*.

En droit britannique, la Doctrine traditionnelle s'applique lorsque sont en cause des actes officiels étrangers accomplis par des Etats étrangers sur leurs propres territoires²⁰¹. De plus, l'arrêt *Kirkpatrick* de la Cour Suprême des USA aurait été suivi par deux décisions au Royaume-Uni²⁰², à savoir *A Ltd v. B Bank*²⁰³ et *Berezovsky v. Abramovich*²⁰⁴. En effet, il ressort de ces décisions que la Doctrine s'applique uniquement lorsqu'il est demandé aux juridictions britanniques de statuer sur la validité – ici, au sens large, ce qui n'est pas certain concernant la Doctrine aux Etats-Unis (voy. *supra*) – des *acts of states* étrangers en cause.

Dans *A Ltd v. B Bank*, le tribunal se référa à *Kirkpatrick* pour soutenir que la doctrine de l'act of state n'était pas applicable au motif que « *the Court is not asked to adjudicate upon, or even to consider*

¹⁹⁷ *Ibid.*, 405.

¹⁹⁸ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 57.

¹⁹⁹ Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990) 400-401.

²⁰⁰ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 517.

²⁰¹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 68.

²⁰² *Ibid.*, § 100.

²⁰³ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *A Ltd v. B Bank* [1997] 6 Bank. L. R. 85, [1997] 1 L. Pr. 586.

²⁰⁴ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Berezovsky v. Abramovich* [2011] EWCA Civ 153, [2011] 1 WLR 2290.

the lawfulness of the issue of currency [à savoir, l'acte accompli sur le territoire de l'Etat étranger *in casu*], *nor is any claim made that might interfere with sovereign functions of the State of X* »²⁰⁵ et rappela que « *the principle (...) is limited to the proposition that the courts (...) will not adjudicate upon the validity of acts done abroad by virtue of foreign sovereign authority* »²⁰⁶. Ces précisions, bien qu'établissant le champ d'application de la Doctrine, étaient toutefois inutiles pour trancher le cas de l'espèce ; la Doctrine n'était, en tout état de cause, pas applicable, l'acte en cause étant purement commercial et ayant été accompli dans l'Etat du for et non sur le territoire de l'Etat étranger²⁰⁷.

Dans *Berezovsky v. Abramovich*, Monsieur Berezovsky alléguait avoir vendu ses parts dans un groupe pétrolier russe à une valeur inférieure à la valeur réelle suite à des menaces et intimidations de Monsieur Abramovich qui lui aurait affirmé que ses parts seraient saisies par le Kremlin s'il ne les vendait pas. Dans la mesure où Berezovsky affirma avoir pris ces menaces au sérieux car il avait subi des menaces similaires auparavant par le Président Poutine lui-même au sujet des mêmes parts, il fut soutenu que la doctrine de l'act of state s'opposait à ce que les juridictions britanniques rendent un jugement en la matière. Toutefois, les juridictions, dans la lignée de la jurisprudence *Kirkpatrick*, considérèrent que la Doctrine ne s'appliquait pas, Monsieur Berezovsky cherchant simplement à démontrer que certains faits – à savoir des menaces et intimidations par le président Poutine – s'étaient produits, et pas à ce qu'il soit statué sur la légalité de ceux-ci²⁰⁸.

Les juridictions britanniques estimèrent que « *[w]hat Kirkpatrick is ultimately about (...) is the distinction between referring to acts of state (or proving them if their occurrence is disputed) as an existential matter, and on the other hand asking the court to enquire into them for the purpose of adjudicating upon their legal effectiveness, including for these purposes their legal effectiveness as recognised in the country of the forum* »²⁰⁹ (nous soulignons). Dès lors, tant en droit américain qu'en droit britannique, pour pouvoir invoquer avec succès la doctrine de l'act of state, « *challenges to foreign acts of state (...) must (...) lie at "the heart" of a case, and not be a matter of merely ancillary or collateral aspersion* »²¹⁰.

Section II. Les exceptions à la Doctrine

Si la doctrine de l'act of state est bien établie tant aux Etats-Unis qu'au Royaume-Uni, celle-ci ne constitue toutefois pas un principe absolu. Au fur et à mesure des décisions, les limites à la Doctrine

²⁰⁵ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *A Ltd v. B Bank* [1997] 6 Bank. L. R. 85, [1997] 1 L. Pr. 586, § 592/3 par Leggatt LJ.

²⁰⁶ *Ibid.*, § 596 par Morritt LJ.

²⁰⁷ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 101.

²⁰⁸ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Berezovsky v. Abramovich* [2011] EWCA Civ 153, [2011] 1 WLR 2290, § 97.

²⁰⁹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 110.

²¹⁰ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 109.

furent développées. Nous procéderons d'abord à une analyse des exceptions instaurées aux Etats-Unis, et ensuite au Royaume-Uni.

§1. Aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, les exceptions à la Doctrine ont été établies tant par le pouvoir judiciaire que par d'autres autorités. Soulignons que ces exceptions n'ont toutefois pas fait l'unanimité au sein de la Cour Suprême²¹¹.

A. Exception Bernstein

Une exception généralement reconnue à l'application de la théorie de l'act of state est la *Bernstein exception*, également appelée *Bernstein Letter exception*. Cette exception tire son nom de l'arrêt *Bernstein*, rendu par la Cour d'appel fédérale de New-York. Dans cette affaire, Monsieur Bernstein intenta devant les juridictions américaines une action en justice afin de récupérer ses biens ; Monsieur Bernstein étant juif, sa société allemande avait été saisie par le gouvernement nazi et ses avoirs avaient été vendus. La Cour d'appel décida d'abord que la validité des ventes effectuées par le gouvernement nazi ne pouvait être contestée par les juridictions américaines, par application de la Doctrine²¹². Toutefois, la Cour changea d'avis lorsque le *Department of State* (le département d'Etat) américain publia une déclaration précisant qu'il estimait que les juridictions américaines pouvaient statuer sur la validité des spoliations allemandes concernant les biens identifiables²¹³. Il semblerait donc que ce qui était véritablement en jeu était une question de répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire plutôt qu'une question de droit international²¹⁴. L'exception Bernstein fut ensuite confirmée par la Cour Suprême des Etats-Unis²¹⁵, bien qu'elle ne fût pas l'unanimité²¹⁶. A l'heure actuelle, une déclaration du *Department of State* informant les juridictions américaines qu'il ne s'oppose pas à l'examen d'une affaire là où la Doctrine devrait s'appliquer est appelée une « Bernstein letter »²¹⁷.

Une telle solution se justifie par le fait que, aux Etats-Unis, la Doctrine est basée avant tout sur le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Il ne serait dès lors pas nécessaire de faire application de la théorie de l'act of state lorsque le *Department of State* aurait spécifié que cela ne servirait pas les intérêts de la politique étrangère des Etats-Unis dans le cas de l'espèce²¹⁸. En effet, « [i]t would be wholly illogical to insist that such a rule, fashioned because of fear that adjudication would

²¹¹ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 55.

²¹² United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-maatschappij* 173 F.2d 71 (2d Cir. 1949).

²¹³ United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-maatschappij* 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954).

²¹⁴ P. HERZOG, *op.cit.*, p. 623.

²¹⁵ Supreme Court of the United States, *First Nat'l City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 U.S. 759 (1972) 768.

²¹⁶ En effet, dans *First Nat'l City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 U.S. 759 (1972), les juges Douglas et Powell considéraient que l'exception Bernstein était à rejeter, celle-ci transformant les juges en pantins du pouvoir exécutif.

²¹⁷ P. HERZOG, *op.cit.*, p. 623.

²¹⁸ C.J.C.E., 10 mai 1990 (Maclaine Watson & Company Limited c. Conseil et Commission des Communautés européennes), C-241/87, *Rec. C.J.C.E.*, 1990, I, p. 1797, concl. Av. gén. M. DARMON, § 77.

*interfere with the conduct of foreign relations, be applied in the face of an assurance from that branch of the Federal Government that conducts foreign relations that such a result would not obtain »*²¹⁹.

B. La treaty exception

Dans sa décision *Sabbatino*, la Cour Suprême des USA instaura la *treaty exception*. La Cour entendait exclure l'application de la Doctrine pour les actes d'expropriation sans indemnités adoptés par un Etat étranger partie à un traité avec les Etats-Unis interdisant de telles expropriations²²⁰. En effet, elle précisa que le principe de l'act of state trouvait à s'appliquer « *en l'absence d'un traité ou d'un autre accord sans ambiguïté* »²²¹. Outre le fait que la Cour Suprême des USA considère qu'avant d'appliquer la Doctrine il y a lieu de s'interroger sur l'existence, au niveau international, d'un degré élevé de codification ou d'un consensus sur la matière concernée (voy. *supra*), la *treaty exception* est une autre façon de prendre en compte le droit international dans le cadre de l'application de la Doctrine.

C. Le Second Hickenlooper Amendment

La décision *Sabbatino* de la Cour Suprême fut critiquée, celle-ci étant perçue comme la manifestation d'une abdication du pouvoir judiciaire. Par conséquent, en réponse à ces critiques, le Congrès américain adopta le *Second Hickenlooper Amendment*, introduisant une exception législative à la règle de l'act of state. Cet amendement prévoit que les juridictions américaines ne pourront plus refuser, sur la base de la doctrine de l'act of state, de mettre en œuvre les principes du droit international public, notamment les principes d'indemnisation énumérés dans la loi, dans les affaires relatives à la propriété de biens expropriés ou confisqués par un Etat étranger²²². La Doctrine devra toutefois être appliquée dans les cas pour lesquels le Président aurait déclaré que l'application de la Doctrine était requise par les intérêts de la politique étrangère²²³. Dès lors, bien que *Sabbatino* reste une importante décision de principe de la théorie de l'act of state, le résultat de cet arrêt a été amoindri par la législation ultérieure²²⁴. Soulignons toutefois que cet amendement ayant une portée extrêmement restreinte, il ne fut pas, dans la pratique, d'une importance capitale et ne permit pas de réduire l'ambiguïté entourant la Doctrine²²⁵.

D. L'exception commerciale

Certains juges de la Cour Suprême des Etats-Unis se sont positionnés en faveur de la reconnaissance d'une exception commerciale, c'est-à-dire que la Doctrine ne serait pas applicable

²¹⁹ Supreme Court of the United States, *First Nat'l City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 U.S. 759 (1972) 769-770.

²²⁰ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 55.

²²¹ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 428 (traduction libre).

²²² G. VAN HECKE, *op.cit.*, p. 521.

²²³ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 54.

²²⁴ J. HARRISON, *op.cit.*, p. 514.

²²⁵ P. HERZOG, *op.cit.*, p. 633.

lorsque l'acte en cause constitue un comportement commercial de la part du souverain étranger²²⁶, par analogie avec la conception restrictive de l'immunité souveraine²²⁷ (voy. *infra*). En effet, ces juges soulignèrent que « *[t]he State Department has concluded that, in the commercial area the need for merchants "to have their rights determined in courts" outweighs any injury to foreign policy. This conclusion was reached in the context of the jurisdictional problem of sovereign immunity. We reach the same one in the choice of law context of the act of state doctrine* »²²⁸. Considérant l'importance croissante de la participation des Etats dans les entreprises à caractère commercial, il semblait opportun de limiter l'application du principe de l'act of state aux actes de nature gouvernementale²²⁹.

Etant donné que les juges se positionnant en faveur de l'existence d'une exception commerciale ne représentaient pas une majorité au sein de la Cour Suprême, les juridictions inférieures ont fait preuve de prudence dans l'application de cette exception. Il n'y a pas lieu de nous attarder ici sur cette question.

§2. Au Royaume-Uni

A. L'exception d'ordre public

L'exception d'ordre public à la Doctrine permet aux cours et tribunaux britanniques d'exercer leurs compétences notamment dans les cas de violation du droit international et des droits fondamentaux²³⁰. En effet, il est considéré que les juridictions britanniques doivent refuser, pour des raisons d'ordre public, de donner effet à des actes législatifs ou exécutifs étrangers contraires aux principes fondamentaux de justice, de droits de l'Homme et de morale²³¹.

Au Royaume-Uni, l'exception d'ordre publique fut d'abord développée avec les arrêts *Oppenheimer*²³² et *Kuwait Airways*²³³. Ces deux arrêts s'inscrivent dans la lignée de l'arrêt *Sabbatino* de la Cour Suprême des Etats-Unis, en ce que pour qu'une violation du droit international constitue une exception à l'application de la Doctrine, cette violation doit être suffisamment sérieuse. L'exception d'ordre public fut confirmée en 2012 avec l'arrêt *Yukos* et quelques développements y furent également consacrés par la Cour Suprême du Royaume-Uni dans son récent arrêt *Belhaj-Rahmatullah* (voy. *infra*). Soulignons qu'il s'agit d'une exception applicable aux trois règles dégagées en droit britannique qui ont fait l'objet de développements ci-dessus²³⁴.

²²⁶ Supreme Court of the United State, *Alfred Dunhill of London v. Republic of Cuba* 425 U.S. 682 (1976).

²²⁷ M. SINGER, *op.cit.*, p. 299.

²²⁸ Supreme Court of the United State, *Alfred Dunhill of London v. Republic of Cuba* 425 U.S. 682 (1976) 705 [footnote 18].

²²⁹ P. HERZOG, *op.cit.*, p. 629.

²³⁰ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. viii.

²³¹ M. DAVIES, *op.cit.*, p. 524.

²³² House of Lords, *Oppenheimer v. Cattermole* [1976] AC 249, [1975] 2 WLR 347.

²³³ House of Lords, *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 WLR 1353.

²³⁴ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 156-157.

A l'heure actuelle, trois catégories d'actes peuvent être identifiés comme tombant sous l'exception d'ordre public. Les juridictions du for n'appliqueront pas²³⁵ : les lois fiscales et pénales d'un autre Etat²³⁶ ; une législation discriminatoire dirigée contre des individus particuliers ou contre une certaine catégorie de personnes ; les violations manifestes des règles bien établies du droit international²³⁷. Dans ce mémoire, nous nous intéresserons à l'exception en cas de violation du droit international.

i. L'arrêt *Oppenheimer*

Dans *Oppenheimer*, la question était de savoir si les juridictions britanniques devaient donner effet à un décret-loi nazi de 1941 privant les Juifs de la nationalité allemande et confisquant leurs biens s'ils résidaient habituellement en dehors de l'Allemagne au moment de l'adoption du décret. La Chambre des Lords rejeta l'appel pour des motifs que nous n'analyserons pas ici. Toutefois, Lord Cross, rejoint par les Lords Salmon et Hodson, considéra que si la Chambre des Lords avait dû trancher la question de la reconnaissance du décret-loi, elle aurait dû décider qu'il devait être ignoré. Cela ne se justifiait pas tant parce que le décret-loi était en soi une violation du droit international, mais plutôt car il ne pouvait être exigé des tribunaux britanniques qu'ils donnent effet à une loi étrangère contraire à l'ordre public du for²³⁸. Lord Cross souligna que « *a law of this sort constitutes so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise it as a law at all* »²³⁹.

ii. L'arrêt *Kuwait Airways*

L'arrêt *Kuwait Airways* est intéressant en ce qu'il précise l'exception d'ordre public tout en allant au-delà de *Oppenheimer* et il constitue également un exemple de l'articulation entre la Doctrine et le principe de non-justiciabilité²⁴⁰.

a) *Les faits*

Dans *Kuwait Airways*, le demandeur, la Kuwait Airways Corporation (KAC) était propriétaire de dix avions situés à l'aéroport international de Koweït à l'époque de l'invasion du Koweït par les forces armées irakiennes en 1990. Ces avions furent saisis par les forces irakiennes et transférés en Irak. Suite à cela, le gouvernement irakien pris deux résolutions : l'une proclamant la souveraineté de l'Irak sur le Koweït et son annexion à l'Irak ; l'autre visant à dissoudre la KAC et à transférer la propriété de ses avions à la Iraqi Airways Company (IAC), entité détenue et contrôlée par l'Etat irakien (Résolution 369). Ces résolutions furent condamnées par le Conseil de sécurité de l'ONU. *In fine*, la KAC récupéra

²³⁵ H. Fox CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 64.

²³⁶ House of Lords, *Government of India v. Taylor* [1955] AC 491, [1955] 1 All ER 292, p. 503.

²³⁷ H. Fox CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 64.

²³⁸ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 254.

²³⁹ House of Lords, *Oppenheimer v. Cattermole* [1976] AC 249, [1975] 2 WLR 347, p. 278 par Lord Cross.

²⁴⁰ H. Fox CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 62.

seulement six de ses avions, et subi également d'autres frais. Dès lors, la KAC poursuivit la IAC et la République d'Irak devant le Tribunal de Commerce d'Angleterre et du Pays de Galle²⁴¹.

b) Le principe de non-justiciabilité et la doctrine de l'act of state

La IAC soutint que la Résolution 369 constituait un acte souverain adopté par le gouvernement irakien concernant des biens meubles situés sur son propre territoire et que, dès lors, les juridictions britanniques étaient tenues, en vertu de la doctrine de l'act of state, de lui donner effet²⁴². La KAC invoqua l'exception d'ordre public, soutenant qu'aucun effet ne pouvait être donné à la Résolution 369 en droit britannique car celle-ci violait des principes clairement établis du droit international public²⁴³.

L'exception invoquée par la KAC souleva la question de la justiciabilité ; en effet, les faits de la cause s'inscrivaient dans un contexte litigieux entre Etats concernant la souveraineté. La Cour d'appel confirma l'existence d'un principe de non-justiciabilité en droit britannique, distinct de celui de l'act of state, tout en soulignant que ces principes ne pouvaient être compris que l'un par rapport à l'autre²⁴⁴. La Cour considéra toutefois que le principe de non-justiciabilité n'était pas applicable *in casu*, la question soulevée pouvant être analysée, celle-ci portant uniquement sur l'effectivité du transfert de propriété des avions de la KAC à la IAC. Comme il n'était pas demandé au juge de trancher de grandes questions du droit international, il n'y avait pas de raison de refuser de trancher le litige²⁴⁵.

La question étant justiciable, la Cour d'appel analysa la question de l'applicabilité de la doctrine de l'act of state. Il fut décidé qu'elle ne s'appliquait pas, notamment en raison des effets principalement extraterritoriaux de la Résolution 369²⁴⁶.

c) L'exception d'ordre public

A titre subsidiaire, la Cour d'appel considéra que, en tout état de cause, même si les conditions d'application de la Doctrine avaient été présentes, l'exception d'ordre public aurait trouvé à s'appliquer. En effet, la résolution irakienne étant contraire aux principes clairement établis du droit international²⁴⁷, comme en attestaient les résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU, il aurait été contraire à l'ordre public britannique et aux obligations internationales du Royaume-Uni de lui donner effet²⁴⁸. La Cour d'appel souligna que si l'ordre public national différait des principes du droit international²⁴⁹, le juge

²⁴¹ M. DAVIES, *op.cit.*, pp. 525-527.

²⁴² England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co. (No 6)* [2000] EWCA Civ 284, [2001] 3 WLR 1117, § 237.

²⁴³ *Ibid.*, § 239.

²⁴⁴ *Ibid.*, § 265.

²⁴⁵ *Ibid.*, § 331.

²⁴⁶ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co. (No 6)* [2000] EWCA Civ 284, [2001] 3 WLR 1117, § 370.

²⁴⁷ *Ibid.*, §§ 386-388.

²⁴⁸ House of Lords, *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 WLR 1353, § 29.

²⁴⁹ En effet, en droit britannique, c'est la théorie dualiste qui est retenue quant à la question des rapports entre le droit interne et le droit international ; le droit international ne fait pas partie de la *common law* mais est une source de la *common law*. Voy. Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §252.

devait respecter les limites de l'ordre public national, mais elle précisa également que ce dernier coïncidait dans la plupart des cas avec les principes bien établis du droit international²⁵⁰.

La Chambre des Lords confirma cet arrêt de la Cour d'appel en précisant que l'ordre public du for ne permettait pas l'exécution ou la reconnaissance d'un acte souverain étranger constitutif d'une « *gross violation of established rules of international law of fundamental importance* »²⁵¹. Elle procéda également à une réinterprétation du principe de non-justiciabilité établi par Lord Wilberforce dans *Buttes Gas*, considérant qu'il s'agissait d'un principe de retenue judiciaire, et que la retenue ne se justifiait pas, pour des raisons d'ordre public, lorsqu'il était incontestable qu'une norme clairement établie du droit international avait été violée²⁵². En effet, elle estima que le principe de non-justiciabilité ne signifie pas qu'une juridiction doive fermer les yeux sur une violation par un Etat étranger d'un principe bien établi du droit international, d'autant plus lorsqu'une telle violation est manifeste et reconnue ; les problèmes rencontrés dans *Buttes Gas* ne se posent pas dans une telle hypothèse, étant donné qu'il existe une norme claire et gérable à appliquer²⁵³. L'exception d'ordre public telle qu'elle vient d'être développée ci-dessus constitue donc une exception tant à l'application de la doctrine de l'act of state qu'à celle du principe de non-justiciabilité identifié par Lord Wilberforce²⁵⁴.

L'affaire *Kuwait Airways* est donc d'une importance fondamentale en ce qu'elle précise que la portée de l'exception d'ordre public ne se limite pas aux lois constituant des violations graves des droits de l'homme, comme dans *Oppenheimer*, mais qu'elle s'étend plus généralement aux actes exécutifs et législatifs étrangers manifestement contraires aux principes bien établis du droit international public²⁵⁵.

B. L'exception commerciale

La deuxième règle découlant de la Doctrine est limitée par une exception commerciale²⁵⁶. Pour que la Doctrine s'applique, « *a sovereign act means the same as it does in the law of state immunity* »²⁵⁷, c'est-à-dire qu'il faut que les actes concernés soient des actes *jure imperii*, à savoir des actes autres que des actes commerciaux ou privés²⁵⁸.

²⁵⁰ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co. (No 6)* [2000] EWCA Civ 284, [2001] 3 WLR 1117, § 323.

²⁵¹ House of Lords, *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 WLR 1353, § 29 par Lord Nicholls.

²⁵² *Ibid.*, § 140.

²⁵³ *Ibid.*, § 26.

²⁵⁴ H. Fox CMG QC et P. Webb, *op.cit.*, p. 63.

²⁵⁵ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co. (No 6)* [2000] EWCA Civ 284, [2001] 3 WLR 1117, §§ 323, 372 ; M. Davies, *op.cit.*, p. 530.

²⁵⁶ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 73, 199.

²⁵⁷ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 199 par Lord Sumption.

²⁵⁸ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 92.

Conclusion de la première partie : une doctrine obscure et équivoque

Nous constatons que, malgré que la Doctrine soit une création de longue date et soit bien établie, celle-ci ne reçoit toujours pas, à l'heure actuelle, de définition univoque. Depuis son élaboration par les juridictions nationales, il a toujours existé de nombreuses discussions concernant son existence²⁵⁹ et également de nombreuses incertitudes quant à son champ d'application. Il s'agit d'une doctrine « *with a long shadow but whose structure is uncertain* »²⁶⁰. Elle est confuse à divers égards²⁶¹. En effet, la jurisprudence en la matière est parfois dite « *insaisissable* »²⁶² ; de nombreuses incohérences et désaccords existent, et la Doctrine fut fréquemment définie et appliquée en des termes vagues et imprécis²⁶³. Dès lors, « *[t]he important thing is to recognise that increasingly in the modern world the doctrine is being defined, like a silhouette, by its limitations, rather than to regard it as occupying the whole ground save to the extent that an exception can be imposed* »²⁶⁴. Soulignons toutefois que les exceptions à la Doctrine elles-mêmes peuvent faire l'objet de discussions.

Ainsi, les juges et juridictions d'un même pays approchent et définissent la Doctrine de diverses manières, mais celle-ci diffère également en fonction du pays dans lequel elle est appliquée ; comme nous l'avons vu, il existe des différences notables entre les régimes américain et britannique. Notamment, l'une des grandes différences entre ces régimes réside dans le fait qu'aux Etats-Unis il n'existe pas d'exception d'ordre public telle que celle retrouvée au Royaume-Uni²⁶⁵. De plus, si la doctrine de l'act of state est traditionnellement limitée aux actes accomplis par un Etat étranger dans les strictes limites de son propre territoire, il est reconnu au Royaume-Uni que dans certaines circonstances spéciales ou exceptionnelles, la Doctrine pourra s'appliquer à des actes accomplis par un Etat en dehors de son territoire²⁶⁶. Aux Etats-Unis, la Doctrine n'est jamais un principe de non-justiciabilité et une telle solution n'est pas possible. Rappelons à cet égard que les liens entre la doctrine de l'act of state et le principe de non-justiciabilité tel qu'identifié dans *Buttes Gas* au Royaume-Uni font également l'objet de nombreuses confusions, et il serait probablement préférable de rétablir une claire distinction entre ces deux principes.

De plus, il est également fréquent qu'au sein d'une seule et même juridiction les juges soient divisés concernant l'applicabilité de la Doctrine dans un cas concret²⁶⁷. L'absence de délimitations claires a donné lieu à de nombreuses confusions, y compris au sein du pouvoir judiciaire. Par conséquent, diverses décisions judiciaires sont les résultats d'applications erronées de la théorie, celle-

²⁵⁹ Certains auteurs se sont en effet positionnés en faveur d'une abolition de la Doctrine. Voy. not. D. WALLACE JR., *op.cit.*, p. 7.

²⁶⁰ England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Belhaj v. Straw* [2013] EWHC 4111 (QB), § 151 (Simon J).

²⁶¹ D. WALLACE JR., *op.cit.*, p. 4.

²⁶² P. WEIL, « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers », *Ann. fr. dr. intern.*, 1977, p. 36.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 115.

²⁶⁵ W. S. DODGE, *op.cit.*, p. 2101.

²⁶⁶ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329, § 66.

²⁶⁷ Voy. par ex. Supreme Court of the United States, *First Nat'l City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 U.S. 759 (1972) : sur neuf juges, quatre estimaient que la Doctrine devait être appliquée et cinq autres juges estimaient qu'elle ne le devait pas, ces derniers étant eux-mêmes divisés quant à la justification du refus d'appliquer la Doctrine.

ci ayant souvent été confondue avec d'autres règles juridiques²⁶⁸. Cela illustre donc bien que les juges eux-mêmes ont perdu le contrôle – ou plutôt, n'ont jamais véritablement eu le contrôle – de la théorie qu'ils ont pourtant façonnée, et le manque de précision caractéristique des décisions en faisant application en est à la fois une cause et une manifestation. Il est en effet fréquent que les juridictions supérieures évitent d'aborder certains aspects controversés de la Doctrine, laissant à l'appréciation des juridictions inférieures la détermination de certains points²⁶⁹. Il ne fait aucun doute qu'une telle situation est source d'insécurité juridique.

En raison de la difficulté de définir la Doctrine et son champ d'application et de l'insécurité juridique qui en découle, les critiques sont nombreuses. F.A. MANN a ainsi souligné que « (...) *the doctrine of the foreign act of state displays in every respect such uncertainty and confusion and rests on so slippery a basis that its application becomes a matter of speculation* »²⁷⁰.

Il existe différentes solutions possibles pour remédier à cette confusion entourant la Doctrine et à l'insécurité juridique qui en découle. L'une des solutions serait de la codifier et d'établir son régime juridique par la voie législative. Il semble en effet peu probable que les juridictions supérieures seules parviennent à court terme à harmoniser la matière et à la clarifier de sorte qu'il n'y ait plus de doutes quant aux situations justifiant son application et quant à sa portée exacte. Une autre solution, moins ambitieuse, serait d'établir les exceptions à la Doctrine par la voie législative afin de rendre leurs portées certaines²⁷¹. Bien qu'étant radicale et peu probable, l'abolition de la Doctrine serait sans aucun doute également un moyen de mettre fin à cette incertitude juridique.

En résumé, étant le fruit de l'inventivité créative des juges nationaux, l'obscurité qui entoure la Doctrine lui semble actuellement inhérente, et il paraît donc peu probable que cette situation évolue à court terme sans une intervention législative.

²⁶⁸ J. HARRISON, *op.cit.*, pp. 507-508.

²⁶⁹ Par exemple, la Cour Suprême des Etats-Unis, dans son arrêt *Kirkpatrick* (voy. *supra*), évita de clarifier la matière concernant l'exigence d'un *act of state* ; elle ne précisa pas si le fait d'accepter des pots-de-vin constituait ou non un *act of state* aux fins de l'application de la Doctrine, bien que la question fût clairement présente. Plutôt que de clarifier ce qu'il fallait entendre par « *act of state* », elle préféra établir une nouvelle condition d'application de la Doctrine. Voy. L. E. PARSEGHIAN, *op.cit.*, p. 1151.

²⁷⁰ F. A. MANN, *op.cit.*, p. 15.

²⁷¹ D. WALLACE JR., *op.cit.*, p. 5.

PARTIE II. LA DOCTRINE DE L'ACT OF STATE, L'INDIRECT IMPEADING ET LES DROITS DE L'HOMME AU ROYAUME-UNI

Introduction

La doctrine de l'act of state trouve à s'appliquer lorsqu'une procédure implique une remise en question directe d'un *act of state* étranger (*direct impleading*). Elle fut également invoquée lorsqu'un tel acte est indirectement remis en question (*indirect impleading*) ; alors même qu'un *act of state* étranger ne serait pas directement mis en cause dans le cadre d'une procédure, il est invoqué que trancher la question soulevée devant les juridictions impliquerait de se prononcer incidemment sur l'acte ayant été accompli par l'Etat étranger. Ceci est notamment le cas lorsque l'acte attaqué est un acte de l'Etat du for accompli à l'étranger dans le cadre d'une action concertée avec d'autres Etats. Il est dès lors arrivé que les juges appliquent la Doctrine et refusent de décider une affaire portée devant eux à propos d'actes prétendument commis par l'Etat du for, en raison de l'*indirect impleading* d'un acte souverain étranger. Dès lors, la Doctrine impliquerait dans certains cas le refus d'enquêter ou de statuer sur ces actes de l'Etat du for et sur la responsabilité de celui-ci, alors même qu'il ne bénéficie pas d'une immunité devant ses propres juridictions nationales. Une telle situation est évidemment problématique, d'autant plus lorsqu'il est allégué que les actes en cause constituent des violations graves des droits de l'Homme ou d'autres normes essentielles du droit international.

Soulignons dès à présent que nous ne discuterons pas de la jurisprudence américaine dans cette deuxième partie. En effet, aux USA, les juridictions ne considèrent pas, pour commencer, qu'une grave violation des droits de l'Homme constitue un *act of state*²⁷². Plus généralement, il est considéré que les actes constituant des violations de normes de *jus cogens*²⁷³ ne sont pas des actes souverains justifiant l'application de la Doctrine. Celle-ci ne peut dès lors constituer un obstacle à une décision judiciaire au fond lorsque de telles violations sont poursuivies devant les cours et tribunaux américains²⁷⁴.

De plus, les procédures dans lesquelles il y aurait une *indirect impleading* justifiant l'application de la Doctrine correspondent généralement aux procédures mettant en cause le comportement adopté par l'Etat du for dans le cadre d'une action menée à l'étranger de concert avec d'autres Etats. Soulignons que dans une telle hypothèse, c'est la troisième règle découlant de la doctrine britannique de l'act of state, c'est-à-dire le principe d'abstention en raison de la non-justiciabilité de certaines questions, qui s'appliquera, règle qui n'existe pas sous la doctrine américaine de l'act of state.

Enfin, cette problématique s'inscrit essentiellement dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme » (« *war on terror* ») menée par les Etats-Unis suite aux attentats du 11 septembre 2001, à

²⁷² United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic* 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995) 250.

²⁷³ C'est-à-dire les normes de droit international auxquelles il ne peut être dérogé. Voy. C.I.J., Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), fond, arrêt du 3 février 2012, C.I.J. Recueil, 2012, p. 99, § 95.

²⁷⁴ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto*, PLC 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011).

l'occasion de laquelle les Etats-Unis ont commis de nombreuses violations des droits de l'Homme et du droit international, notamment par le recours à la torture, en dehors de leur territoire, souvent avec la complicité d'Etats étrangers. Le Royaume-Uni notamment joua un rôle dans ces violations commises par les Etats-Unis²⁷⁵ ; il fut dès lors tentant pour les autorités britanniques d'invoquer diverses défenses, notamment la doctrine de l'act of state, pour échapper à leur responsabilité et bénéficier d'une immunité *de facto* là où ils ne pouvaient en bénéficier *de jure*. Dès lors, cette question ne se présente pas de la même façon aux Etats-Unis, la doctrine de l'act of state ne pouvant être appliquée par les juridictions américaines pour les actes américains.

La seconde partie de ce mémoire vise donc à analyser ce qu'implique réellement et potentiellement la troisième règle qui découle de la doctrine de l'act of state. Nous nous y intéresserons en particulier lorsqu'elle est invoquée dans le cadre d'une action qui vise à obtenir une condamnation de l'Etat du for pour des actes qu'il aurait accomplis dans le contexte d'une action concertée avec d'autres Etats et qui constitueraient des violations graves des droits de l'Homme. Dès lors, nous nous concentrerons uniquement sur le Royaume-Uni. Nous commencerons par contextualiser la problématique avec un exemple concret de jurisprudence. Nous distinguerons ensuite la Doctrine et la règle de l'immunité de l'Etat, avant de nous concentrer sur la décision récente *Belhaj-Rahmatullah* de la Cour Suprême du Royaume-Uni. Enfin, nous aborderons les questions que la troisième règle identifiée sous la Doctrine pose en termes d'accès aux tribunaux et de justiciabilité.

Contextualisation

Afin de contextualiser la problématique, donnons un exemple. Dans une affaire²⁷⁶ concernant des attaques de drones au Pakistan par les USA, les juridictions britanniques refusèrent de procéder à l'examen judiciaire de la prétendue fourniture d'informations permettant ces attaques par le *Government Communications Headquarters* (GCHQ), l'organisation de renseignements et de sécurité du Royaume-Uni, à la *Central Intelligence Agency* (CIA), le service de renseignements des Etats-Unis.

Afin que les agents britanniques en cause soient reconnus coupables de complicité de meurtre en raison de la transmission d'informations à la CIA, le demandeur soulevait une question hypothétique devant les juridictions britanniques, à savoir ; est-ce qu'un agent britannique tuant des personnes dans une attaque de drones au Pakistan serait reconnu coupable de meurtre ? En cas de réponse positive, cela signifiait que les agents britanniques pouvaient également être condamnés pour complicité de meurtre. Les juridictions estimèrent que la Doctrine empêchait la révision judiciaire des actes mis en cause, à savoir les actes des agents de l'Etat du for, car les réclamations impliquaient de sérieuses critiques des actes des USA et qu'une décision déclarant que seraient coupables de meurtre des agents britanniques ayant mené des attaques de drones ayant causé des morts serait inévitablement perçue comme étant en réalité une condamnation des agents américains ayant mené les attaques ainsi qu'une

²⁷⁵ R. BLAKELEY et S. RAPHAEL, « British torture in the 'war on terror' », *European Journal of International Relations*, 2017, p. 244.

²⁷⁶ England and Wales Court of Appeal, *R. (on the application of Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ 24, [2014] 1 WLR 872.

déclaration d'illégalité de la politique d'attaques par drones menée par les USA et d'autres Etats. Il n'importait pas pour les juridictions que de telles conclusions n'aient aucun effet juridique pour les USA ; il importait seulement que celles-ci eussent été comprises comme une condamnation sérieuse des actes des Etats-Unis²⁷⁷. On constate que la Doctrine, dans cette hypothèse, fut un obstacle à une décision judiciaire sur les actes commis par les agents de l'Etat du for, les questions soulevées étant considérées comme non justiciables²⁷⁸. Dès lors, dans un tel contexte, la Doctrine « *confer immunity from liability on certain persons in respect of certain acts* »²⁷⁹.

Dans cette affaire, on constate donc que c'est par l'utilisation du principe d'abstention identifié comme découlant de la Doctrine que les juridictions britanniques refusèrent de rendre une décision sur les actes prétendument commis par les agents britanniques.

Chapitre I. La règle de l'immunité des Etats et la théorie de l'act of state

Comme il a déjà été souligné, la doctrine de l'act of state est un concept difficile à appréhender et qui fut souvent confondu avec d'autres. Rappelons que l'arrêt considéré comme étant l'arrêt fondateur de la Doctrine, l'arrêt *Underhill*, était en réalité une affaire faisant application de la règle de l'immunité des Etats. Dès lors, il semble nécessaire de s'intéresser à la règle de l'immunité des Etats.

Le terme « immunité » recouvre différentes significations. Il n'est toutefois pas nécessaire, dans le cadre de ce mémoire, d'analyser les diverses immunités internationales qui existent ; nous nous concentrerons uniquement sur l'immunité des Etats. Soulignons simplement qu'une immunité internationale est procédurale et non substantielle, en ce sens qu'elle n'implique pas que le bénéficiaire de l'immunité est en droit de ne pas respecter les lois. Immunité ne signifie pas irresponsabilité ou impunité, et, dès lors, l'immunité procédurale ne peut être absolue et générale. Ainsi, une immunité doit être limitée *ratione temporis* ou *ratione materiae*²⁸⁰.

La doctrine de l'act of state et la règle de l'immunité de l'Etat vont dans la même direction en ce qu'elles empêchent l'examen de la validité (entendons ici au sens large) des actes souverains d'un Etat étranger. Cela s'explique car ces deux règles ont pour fondements communs les principes d'indépendance et d'égalité souveraine des Etats²⁸¹ ainsi que la courtoisie internationale²⁸². Toutefois, elles sont pourtant bien distinctes²⁸³, et à plusieurs égards. De manière générale, à l'heure actuelle, les

²⁷⁷ England and Wales Court of Appeal, *R. (on the application of Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ 24, [2014] 1 WLR 872, §§ 37, 53.

²⁷⁸ Soulignons toutefois que cette décision fut critiquée par la doctrine, certains auteurs considérant que le refus de trancher les questions aurait dû être justifié par le fait que ce qui était véritablement demandé aux juridictions était un avis consultatif. Voy. A. SANGER, « Decisions of British Courts during 2014 involving questions of public or private international law : public international law », *The British Yearbook of International Law*, 2015, p. 201.

²⁷⁹ Supreme Court of the United Kingdom, *Khaira v. Shergill* [2014] UKSC 33, [2014] 3 WLR 1, § 41.

²⁸⁰ B. STERN, « Immunités et doctrine de l'Act of State : Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'Etat devant les juridictions étrangères », *Journ. dr. intern.*, 2006, pp. 63, 65.

²⁸¹ C.I.J., Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), fond, arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 99, § 57.

²⁸² England and Wales Court of Appeal, *The Parlement Belge* [1880] LR 5 PD 197, §§ 214-215.

²⁸³ Restatement of the Law (Third), *op.cit.*, p. 368.

immunités et autres protections relatives aux actes d'Etats étrangers, comme la Doctrine, ont tendance à être amoindries afin d'assurer une meilleure protection des normes les plus importantes du droit international²⁸⁴.

Nous allons procéder à une brève analyse de la règle de l'immunité des Etats pour ensuite mettre en lumière, de manière non-exhaustive mais ciblée, les différences et les liens qui existent avec la théorie de l'act of state.

Section I. L'immunité des Etats

Tout d'abord, notons qu'une distinction est opérée entre immunité d'exécution et de juridiction. L'immunité de juridiction de l'Etat implique qu'un Etat ne peut être attiré en justice devant les juridictions nationales d'un autre Etat s'il n'y a pas consenti. L'immunité d'exécution implique que, dans l'hypothèse où un jugement serait rendu selon les règles contre un acte ou un agent d'un Etat étranger, ce jugement pourtant dûment adopté ne pourra être exécuté contre les biens de l'Etat étranger concerné sans son accord. L'immunité d'exécution intervient lorsqu'un Etat aurait renoncé à son immunité de juridiction ou lorsqu'il aurait agi lui-même comme demandeur devant des juridictions étrangères²⁸⁵. Dans ce mémoire, nous nous intéresserons plus particulièrement à l'immunité de juridiction.

Lorsqu'un Etat étranger est directement mis en cause dans une procédure judiciaire, l'exception d'immunité de juridiction de l'Etat, qui est une exception d'irrecevabilité, est généralement soulevée. Celle-ci est un obstacle procédural à l'exercice de leurs compétences par les juridictions nationales²⁸⁶. L'immunité de l'Etat a évolué d'une immunité *ratione personae* absolue à une immunité relative, limitée *ratione materiae* ; en vertu de la théorie restreinte de l'immunité des Etats, l'immunité n'est plus tant attachée à la seule entité de l'Etat mais aux actes qui lui sont attribuables²⁸⁷. En effet, l'immunité des Etats ne concerne que les actes souverains, c'est-à-dire les actes *jure imperii*, et non les actes privés ou commerciaux, c'est-à-dire les actes *jure gestionis*²⁸⁸.

Soulignons que cette immunité s'applique tant lorsqu'un Etat est directement mis en cause (*direct impleading*), c'est-à-dire lorsqu'il est partie à une procédure, que lorsqu'il est indirectement mis en cause (*indirect impleading*), c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas partie à la procédure mais que celle-ci se rapporte à sa propriété²⁸⁹.

L'immunité des Etats est une règle de droit international coutumier issue du principe *par in parem non habet imperium*, c'est-à-dire le principe en vertu duquel un Etat souverain ne peut être

²⁸⁴ B. STERN, *op.cit.*, pp. 63-65.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 65.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 63.

²⁸⁷ B. HEYVAERT, *Immunités versus droit au juge, L'Etat entre le marteau et l'enclume*, mém. : Droit international, Université Catholique de Louvain, Année 2014-2015, p. 20.

²⁸⁸ B. STERN, *op. cit.*, p. 68.

²⁸⁹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 14, 15, 186.

soumis à la juridiction d'un Etat étranger sans son accord²⁹⁰. L'immunité est donc prescrite par le droit international, contrairement à la doctrine de l'act of state, mais elle est appliquée par des juridictions nationales, tout comme la Doctrine, conformément au droit national. Dès lors, la règle de l'immunité de l'Etat est un mélange de droit national et de droit international²⁹¹.

La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens²⁹² est le premier texte écrit établissant le droit international des immunités. Cette Convention n'est toutefois pas en vigueur à l'heure actuelle²⁹³, mais elle reflète le droit international coutumier qui continue de régir la matière²⁹⁴.

Section II. Quelques différences notables

La doctrine de l'act of state et la règle de l'immunité sont différentes à bien des égards. Nous n'examinerons pas ces différences de manière exhaustive. Tout d'abord, notons que l'application de la Doctrine n'a pas d'impact sur la compétence de la juridiction qui l'applique, pas plus que l'exception d'immunité²⁹⁵, et n'entraîne pas l'irrecevabilité d'une affaire. La Doctrine traditionnelle implique seulement que « *when it is made to appear that the foreign government has acted in a given way on the subject-matter of the litigation, the details of such action or the merit of the result cannot be questioned but must be accepted by our courts as a rule for their decision* »²⁹⁶. En cela, la Doctrine constitue une pratique d'autolimitation judiciaire intervenant au stade de l'examen au fond d'un litige²⁹⁷ et non une fin de non-recevoir²⁹⁸, contrairement à l'exception d'immunité. Ces deux défenses interviennent donc toutes deux devant des juridictions compétentes, mais pas au même stade de la procédure²⁹⁹.

Si la règle de l'immunité fonctionne uniquement comme bouclier, la doctrine de l'act of state pourrait également fonctionner comme une épée. En effet, la Doctrine constitue, généralement, une défense au fond faisant obstacle à la demande d'un requérant qui conteste la validité d'un acte souverain étranger. Mais elle peut également constituer un moyen au fond permettant au requérant de triompher dans sa requête³⁰⁰, comme la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis dans *Sabbatino*

²⁹⁰ Cour eur. D.H, arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001, § 54, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018).

²⁹¹ H. Fox CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 1.

²⁹² Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, signée à New-York le 2 décembre 2004.

²⁹³ En effet, trente ratifications sont requises pour que la Convention entre en vigueur, conformément à l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. A l'heure actuelle, il n'y a pas eu trente ratifications. Pour un état des ratifications, voy. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsq_no=III-13&chapter=3&clang=fr (3 août 2018).

²⁹⁴ C.I.J., Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), fond, arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 99, § 56.

²⁹⁵ B. STERN, *op.cit.*, p. 84.

²⁹⁶ Supreme Court of the United States, *Ricaud v. American Metal Co., Ltd.* 246 U.S. 304 (1918) 309.

²⁹⁷ B. STERN, *op.cit.*, p. 63.

²⁹⁸ United States District Court for the Southern District of New-York, *Daventry Ltd. v. Republic of Azerbaijan* 349 F. Supp. 2d 736 (S.D.N.Y. 2004) 755.

²⁹⁹ B. STERN, *op.cit.*, pp. 84-85.

³⁰⁰ Toutefois, il est possible qu'un arrêt ultérieur de la Cour Suprême des USA ait amoindri cette affirmation, précisant que la Doctrine constituait une *défense* pour les Etats étrangers. Voy. Supreme Court of the United States, *Republic of Austria v. Altmann* 541 U.S. 677 (2004) 700.

en faveur de Cuba l'illustre. Dans cette affaire, l'application de la Doctrine eu pour conséquence que l'acte de nationalisation cubain sorte des effets positifs, ce que l'application de la règle de l'immunité ne permet pas. D'ailleurs, à la suite de l'arrêt *Sabbatino*, la doctrine de l'act of state a été considérée aux Etats-Unis comme une question de choix de loi plutôt que comme une doctrine d'abstention judiciaire³⁰¹.

De plus, là où un Etat peut renoncer à son immunité et donner son consentement à l'exercice de la juridiction à l'étranger, le consentement d'un Etat étranger n'a pas d'incidence sur l'application de la Doctrine. En effet, en ce qu'elle témoignerait également d'une déférence du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif du for, un Etat étranger ne pourrait, par son consentement, permettre aux juridictions de décider une question pourtant réservée au pouvoir exécutif³⁰².

En outre, le fait de reconnaître qu'un Etat défendeur étranger bénéficie de l'immunité n'a pas d'incidence sur la question de savoir s'il a toujours une responsabilité pour les actes qu'il aurait commis³⁰³. La reconnaissance et le respect de cette immunité n'entraîne pas non plus la légalité d'une situation créée par un acte internationalement illégal³⁰⁴. En effet, la juridiction devant laquelle l'affaire est portée reste neutre et décide simplement que l'action portée devant elle est irrecevable. Au contraire, l'application de la doctrine de l'act of state a pour conséquence que la juridiction postule, pour l'affaire portée devant elle, que l'acte souverain étranger en cause est valide³⁰⁵.

Enfin, il existe l'exception d'ordre public à l'application de la Doctrine. Au contraire, l'application de la règle de l'immunité ne dépend quant à elle pas de l'ordre public du for ; il s'agit simplement d'une évaluation objective visant à déterminer quelle juridiction est la plus appropriée pour rendre une décision³⁰⁶.

Section III. Quelques liens

Alors qu'il semblerait que les immunités constituent des protections suffisantes et efficaces des pouvoirs souverains des Etats étrangers, les juges américains et britanniques estimèrent toutefois nécessaire de créer la doctrine de l'act of state. Elle est une doctrine « *de prudence jurisprudentielle ayant des effets pratiques similaires à ceux de l'immunité* »³⁰⁷.

³⁰¹ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 56.

³⁰² *Ibid.*, p. 71.

³⁰³ C.I.J., Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), fond, arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 99, § 108.

³⁰⁴ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 53.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 71.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 72.

³⁰⁷ A. BIANCHI, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue générale de droit international public*, 2004, p. 84.

En effet, il est arrivé que la Doctrine soit invoquée afin d'empêcher les juridictions de statuer sur des actes accomplis par d'anciens représentants de l'Etat et aient dès lors eu, dans la pratique, des effets similaires à ceux produits par les immunités, à savoir la protection des représentants de l'Etat. Soulignons que ceux-ci ne bénéficient pas de l'immunité octroyée aux chefs d'Etats en exercice. Les anciens chefs d'Etats bénéficient non pas d'une immunité *ratione personae*, mais uniquement d'une immunité *ratione materiae*, qui est plus restreinte. Voy. B. STERN, *op. cit.*, pp. 66, 73.

Comme cela a déjà été précisé, en vertu de la règle de l'immunité restreinte, l'immunité des Etats ne concerne que les actes *jure imperii*³⁰⁸. Dès lors, l'application de l'immunité des Etats, tout comme celle de la doctrine de l'act of state, est fonction de la nature de l'acte accompli par l'Etat étranger³⁰⁹.

L'introduction d'une théorie restrictive de l'immunité créa une situation où la doctrine de l'act of state fut mise sous pression. En effet, lorsqu'un souverain étranger ne peut invoquer avec succès l'immunité, il est tentant de recourir à la défense de l'act of state³¹⁰. La décision américaine *OPEC*³¹¹ en est un bel exemple. Dans cette affaire, la IAM (International Association of Machinists) poursuivit l'OPEC (Organization of Petroleum Exporting Countries) et ses Etats membres, alléguant que celle-ci avait violé les lois antitrust des Etats-Unis. Les juges examinèrent l'applicabilité de la doctrine de l'act of state. Les actes en cause concernaient la fixation du prix du pétrole et la Cour d'appel décida qu'il s'agissait d'acts of state en ce sens qu'il s'agissait d'actes souverains, politiquement sensibles³¹², accomplis sur le territoire des Etats étrangers. Dès lors, elle considéra que la Doctrine s'appliquait, refusant ainsi d'examiner la validité de ces actes. S'il est vrai que ces actes présentaient des éléments commerciaux, il ne s'agissait pas d'actes purement commerciaux³¹³. La Cour décida qu'étant donné que la Doctrine était applicable, il n'était pas nécessaire de se pencher sur la question de l'applicabilité du *Foreign Sovereign Immunities Act*³¹⁴ (FSIA), une décision judiciaire étant en tout état de cause inappropriée en la matière, même si l'affaire était recevable³¹⁵. Il est fort probable que, en vertu du FSIA, il n'y aurait pas eu d'immunité de juridiction en raison du caractère commercial des activités en cause. Ainsi, l'application de la Doctrine fut fortement critiquée ; il fut notamment considéré qu'elle avait été appliquée uniquement dans le but d'éviter l'application des lois américaines antitrust³¹⁶.

Dans l'affaire *Belhaj-Rahmatullah* (voy. *infra*), le gouvernement britannique invoqua à la fois la règle de l'immunité et la doctrine de l'act of state. Notons que si la décision de la Cour suprême dans cette affaire avait été différente et que la Doctrine avait été jugée applicable, son application aurait eu des effets similaires à l'application de la règle de l'immunité des Etats et aurait permis à l'Etat britannique de bénéficier d'une immunité *de facto*, là où l'exception d'immunité avait pourtant été rejetée. Cet arrêt est un autre exemple des liens existant entre la théorie de l'act of state et la règle de l'immunité et témoigne de la prudence dont il y a lieu de faire preuve dans l'interprétation de la Doctrine, afin d'éviter que celle-ci ne dégénère en une règle d'immunité nationale là où les règles internationales ne s'appliquent pas.

³⁰⁸ B. STERN, *op. cit.*, p. 68.

³⁰⁹ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op. cit.*, p. 52.

³¹⁰ D. WALLACE JR., *op. cit.*, pp. 6-7.

³¹¹ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981).

³¹² R. BARDOS, *op. cit.*, p. 177.

³¹³ M. R. TYLER, « IAM v. OPEC: Acts of States and Passive Virtues », *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1982, p. 165.

³¹⁴ Qui définit les circonstances dans lesquelles les Etats étrangers bénéficient de l'immunité devant les juridictions américaines.

³¹⁵ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries* (OPEC) 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981) 1361-1362.

³¹⁶ M. R. TYLER, *op. cit.*, p. 166.

Chapitre II. La jurisprudence britannique : l'arrêt *Belhaj-Rahmatullah*

Afin de cerner correctement la problématique de l'*indirect impleading*, nous allons analyser l'arrêt récent de la Cour Suprême du Royaume-Uni *Belhaj-Rahmatullah*, qui fut rendu en appel des arrêts *Belhaj*³¹⁷ et *Rahmatullah*³¹⁸. Cette décision est d'une importance fondamentale pour la théorie britannique de l'act of state, de nombreuses précisions y ayant été apportées.

Les Lords Mance, Neuberger et Sumption rendirent trois jugements pleinement motivés dans cette affaire. Etant donné qu'une majorité de la Cour adhéra avec le raisonnement et les conclusions de Lord Neuberger, c'est son jugement qui lie³¹⁹. Toutefois, comme nous le verrons, l'accord limité atteint par une majorité de la Cour laisse certaines questions non résolues, celles-ci étant donc laissées à l'appréciation des juridictions inférieures³²⁰, et une part d'incertitude demeure.

Section I. Contexte factuel et procédural

Les faits en cause dans ces affaires se déroulèrent en février et mars 2004. Monsieur Belhaj, ressortissant libyen, était un opposant au colonel Kadhafi. Alors qu'il tentait, avec sa femme, Madame Boudchar, marocaine, de prendre un vol depuis Pékin jusque Londres, ceux-ci furent déportés de force jusqu'à Kuala Lumpur par les autorités chinoises. Ils alléguèrent que, avant d'être remis à la Libye par un avion américain, ils furent illégalement détenus par les agents malaisiens à Kuala Lumpur et ensuite à Bangkok par des agents thaïlandais et américains. Suite à cela, ils furent détenus, jusqu'en juin 2004 en ce qui concerne Madame Boudchar, et jusqu'en mars 2010 en ce qui concerne Monsieur Belhaj. Ils soutinrent que les agents britanniques avaient agi de concert avec les autorités libyennes et américaines pour la mise en place de leurs détentions illégales ; arrangé, assisté et encouragé leurs restitutions illégales à la Lybie ; conspiré, aidé et acquiescé à la torture et aux traitements inhumains et dégradants qui leur avaient été infligés par les agents américains et libyens³²¹.

Monsieur Rahmatullah, ressortissant pakistanais, était quant à lui suspecté de faire partie de Lashkar-e-Taiba, un groupe terroriste prohibé lié à Al-Qaeda, et fut dès lors détenu par les forces britanniques en Irak. Cette première détention dura quelques jours, avant qu'il ne soit pris en charge par les Etats-Unis. Il fut transféré en Afghanistan à la base aérienne américaine de Bagram fin mai 2004, où il fut détenu plus de dix ans sans procès ni inculpation, avant d'être libéré le 15 mai 2014. Celui-ci alléguait avoir subi des mauvais traitements lors de ses deux détentions. Il soutint également que les autorités britanniques auraient agi de concert ou en association avec les autorités américaines

³¹⁷ England and Wales Court of Appeal, *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394, [2015] 2 WLR 1105.

³¹⁸ England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 3846 (QB).

³¹⁹ N. SIMONSEN, « The UK Supreme Court's Blockbuster Decision in *Belhaj* », *EJIL:Talk!*, 18 janvier 2017, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/the-uk-supreme-courts-blockbuster-decision-in-belhaj/> (12 juillet 2018) ; E. SMITH, *op.cit.*, p. 21.

³²⁰ E. SMITH, *op.cit.*, p. 21.

³²¹ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 3-4.

ou qu'elles les auraient assistées et encouragées en ce qui concernait sa détention illégale par les USA et les mauvais traitements subis dans ce contexte³²².

En substance, il était demandé à la UKSC si ces réclamations concernant la complicité du Royaume-Uni – à supposer qu'elle ait existé – dans les actes de détention et de restitution illégales et de mauvais traitements commis par des Etats étrangers en dehors de leurs territoires, pouvaient être jugées par les juridictions britanniques. Les défendeurs au principal, à savoir des autorités britanniques, appelants devant la Cour Suprême, alléguaient que ces questions de complicité du Royaume-Uni ne pouvaient être tranchées par les juridictions britanniques, invoquant tant pour le cas Belhaj que pour le cas Rahmatullah les défenses de l'immunité et de l'act of state. Les appelants soutenaient que dès lors que les acteurs principaux étaient des agents étrangers, juger le Royaume-Uni et ses agents conduirait les tribunaux britanniques à statuer sur des *acts of state* étrangers ou à impliquer des gouvernements étrangers³²³.

Section II. Raisonnement et décision de la Cour

Dans l'arrêt *Belhaj-Rahmatullah*, la Cour décida que ni la règle de l'immunité de l'Etat, ni celle de l'act of state n'étaient des obstacles à une décision par les juridictions britanniques concernant les actes allégués de complicité du Royaume-Uni. Nous commencerons par analyser sa décision quant à la règle de l'immunité, et nous analyserons ensuite les raisonnements consacrés et les solutions atteintes concernant l'applicabilité de la Doctrine. Nous serons plus concis concernant la règle de l'immunité.

§1. Immunité et indirect impleading

Les appelants invoquaient premièrement l'exception d'immunité. Ils soutenaient que celle-ci était suffisamment large que pour couvrir les cas où il faisait partie intégrante des réclamations portées devant les juridictions britanniques qu'il y avait d'abord lieu de prouver que les Etats étrangers ou leurs agents avaient agi contrairement à leurs propres lois, avant que les poursuites contre l'Etat britannique et ses agents ne puissent aboutir³²⁴.

Les appelants invoquaient l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Cet article prévoit expressément qu'un Etat bénéficie d'une immunité lorsqu'une procédure est directement intentée contre lui dans un autre Etat (*direct impleading*) et également lorsqu'il n'est pas partie à la procédure intentée à l'étranger mais que celle-ci vise en réalité à affecter ses biens, ses droits, ses intérêts ou ses activités (*indirect impleading*)³²⁵. Les

³²² Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, 337, § 6.

³²³ *Ibid.*, § 2, 7.

³²⁴ *Ibid.*, § 16.

³²⁵ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, signée à New-York le 2 décembre 2004, art. 6(2)(a), (b).

appelants soutenaient que les termes « intérêts » et « activités » impliquaient que l'immunité devait être comprise comme applicable au-delà des seuls cas affectant la propriété ou les droits d'un Etat. A cet égard, une telle interprétation de la règle de droit international de l'immunité aboutirait à une extension de l'immunité des Etats sans précédent et dépourvue de tout fondement en droit³²⁶. La Cour Suprême souligna qu'il ne découlait d'aucune décision nationale ou internationale que les « intérêts » de l'Etat étranger concernaient également sa réputation ; dès lors, par « intérêts », il faudrait entendre uniquement les intérêts juridiques³²⁷.

La Cour Suprême décida à l'unanimité que l'exception d'immunité ne pouvait être retenue. En effet, les actions en responsabilité étaient uniquement dirigées contre les autorités britanniques et elles n'étaient pas susceptibles de mettre en cause ou d'affecter, fût-ce directement ou indirectement, les positions juridiques des Etats étrangers non parties à la procédure (USA, Thaïlande, Malaisie, Lybie)³²⁸.

§2. Act of State Doctrine

Tout d'abord, soulignons qu'il existait d'importants désaccords entre les juges de la Cour Suprême quant à la caractérisation et à l'application de la Doctrine. Cela est évidemment problématique, en ce que d'une interprétation à une autre, les solutions peuvent diverger. Cependant, malgré les divergences dans leurs raisonnements, les juges décidèrent à l'unanimité que, à tout le moins concernant les allégations les plus graves, la Doctrine n'était pas un obstacle à la poursuite des agents britanniques devant les juridictions britanniques. En cela, la décision marque une avancée pour la protection des droits de l'Homme et pour le respect du droit international.

Rappelons que, en droit britannique, trois règles différentes sont identifiées sous la doctrine de l'act of state (voy. *supra*). Seules les deuxième et troisième règles étaient en jeu dans cette affaire. Le raisonnement de la Cour consistait à, premièrement, déterminer si les actes en cause étaient des *acts of state* justifiant l'application de l'une de ces deux règles et à, deuxièmement, vérifier si, *in casu*, une quelconque exception trouvait à s'appliquer. Commençons par analyser l'interprétation qui fut donnée à l'exception d'ordre public, avant d'analyser brièvement les raisonnements des juges relativement aux deuxième et troisième règles découlant de la Doctrine. La question de l'applicabilité de la première règle ne se posait pas dans l'affaire portée devant la UKSC, aucun acte législatif étranger n'étant impliqué.

A. L'exception d'ordre public

Tout d'abord, il est important de préciser que l'exception d'ordre public ne fut pas définie de façon totalement claire et univoque dans l'arrêt *Belhaj-Rahmatullah*. Toutefois, il peut à tout le moins

³²⁶ England and Wales Court of Appeal, *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394, [2015] 2 WLR 1105, §§ 39, 49.

³²⁷ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 25, 29.

³²⁸ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 29, 31, 116, 197.

être considéré que la Cour Suprême procéda à une extension de la portée de l'exception d'ordre public. En effet, la Cour ne suivit pas l'argument du gouvernement britannique selon lequel c'était uniquement en présence d'un acte manifestement illégal, en droit et en fait, que l'exception d'ordre public sortait ses effets³²⁹ et que lorsqu'une analyse de preuves était nécessaire pour déterminer s'il y avait violation de l'ordre public, l'exception ne pouvait sortir ses effets. Ainsi, dans la lignée de la décision *Belhaj*³³⁰ de la Cour d'Appel³³¹, la UKSC alla au-delà de *Oppenheimer* et *Kuwait Airways* (voy. *supra*).

Selon Lord Neuberger, les actes constitutifs d'une violation d'une norme de *jus cogens* tomberont presque toujours sous l'exception d'ordre public. Toutefois, et contrairement à Lord Sumption, Lord Neuberger souligna que la violation d'une norme péremptoire de droit international n'est pas nécessaire pour déclencher l'exception, la Doctrine étant de nature nationale³³².

Quant à Lord Sumption, il considéra que l'exception d'ordre public opère lorsque l'acte allégué constitue une violation à la fois d'une norme de *jus cogens* et d'une norme ou d'un principe fondamental de droit britannique³³³. Une telle approche est problématique à différents égards. Tout d'abord, le *jus cogens* est un concept difficile à définir et pouvant donner lieu à de considérables débats. Ensuite, considérer que l'exception d'ordre public nécessite la violation d'une norme de *jus cogens* signifie qu'un tribunal pourrait connaître des réclamations concernant la violation prétendue d'une norme péremptoire de droit international, alors que ce même tribunal devrait s'abstenir de connaître de violations moins graves, telles qu'une « simple » détention illégale ou des traitements inhumains ou dégradants qui ne sont pas constitutifs d'actes de torture³³⁴.

B. En ce qui concerne la deuxième règle

La deuxième règle faisait également l'objet de désaccords entre les juges à différents égards. Dans cet arrêt, les Lords Mance et Neuberger considérèrent tous deux que, à supposer que cette règle existe, elle ne concerne que les actes valides en vertu de l'ordre juridique de l'Etat qui les a accomplis et qui affectent la propriété située sur le territoire de cet Etat. Dès lors, ils décidèrent qu'aucun des actes en cause n'était concerné par cette deuxième règle. Ils ajoutèrent également que, à supposer que cette deuxième règle soit également applicable aux actes commis contre les personnes, l'exception d'ordre public aurait été applicable *in casu*. Ils arrivèrent ainsi à la conclusion que les juridictions britanniques

³²⁹ A. PATRICK, « Blushes and Torture : Act of State Doctrine and Justiciability », *U.K. Const. L. Blog*, 19 janvier 2017, disponible sur <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/19/angela-patrick-blushes-and-torture-act-of-state-doctrine-and-justiciability/> (5 juillet 2018).

³³⁰ H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. viii.

³³¹ Elle considéra que l'exception d'ordre public s'appliquait même si cela conduisait la juridiction à exercer sa compétence dans un cas où il serait requis qu'elle mène une enquête légale et factuelle concernant la validité du comportement d'un Etat souverain étranger. Voy. England and Wales Court of Appeal, *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394, [2015] 2 WLR 1105 §§ 114-119.

³³² Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw* and *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 168 par Lord Neuberger, 253-256 par Lord Sumption.

³³³ *Ibid.*, §§ 257, 262, 266.

³³⁴ *Ibid.*, § 107.

ne pouvaient pas invoquer la Doctrine pour refuser d'examiner les actes étrangers qui seraient constitutifs de torture, de restitution et de détention illégales³³⁵.

Lord Sumption au contraire considéra qu'une telle règle s'applique également aux actes commis contre les personnes. Par conséquent, il estima que la Doctrine pouvait constituer un obstacle à l'examen par les juridictions britanniques de la validité des actes commis par les autorités thaïlandaises, malaisiennes et libyennes sur leurs propres territoires à l'encontre de Monsieur Belhaj et de Madame Boudchar. Toutefois, il précisa que l'exception d'ordre public était applicable pour de tels actes³³⁶.

Ainsi, on constate qu'il n'existait pas d'accord entre ces trois juges de la Cour Suprême sur trois points : l'existence de la deuxième règle ; si cette règle est ou non limitée aux actes affectant les biens ; si les actes illicites en vertu de l'ordre juridique de l'Etat ayant accompli ces actes sont également couverts par la deuxième règle. *In casu*, cette règle n'influençant pas l'affaire, les développements réalisés par Lord Neuberger en la matière ne faisaient pas partie de son raisonnement au sens strict, auquel la majorité de la Cour s'était ralliée, et il n'existait donc pas de majorité sur ces questions. L'absence de majorité sur ces points implique donc qu'ils sont laissés à l'appréciation des juridictions inférieures³³⁷. On constate que le sort réservé à ces questions n'est pas sans incidence pratique et que l'incertitude à cet égard n'est donc pas sans poser problème.

Soulignons qu'aux Etats-Unis, il est considéré que la doctrine de l'act of state s'applique aux actes accomplis à l'encontre de la propriété, et non des personnes³³⁸ ; la Doctrine ne serait donc, aux USA, pas un obstacle à l'examen de la validité d'actes contre les personnes accomplis par un Etat sur son propre territoire. Cela renforce ce qui a été exposé ci-dessous ; l'application de la Doctrine aux USA ne présente pas les mêmes risques en termes de droits de l'Homme qu'au Royaume-Uni.

C. En ce qui concerne la troisième règle

La troisième règle constituait le noyau central de la décision de la UKSC, et elle fut celle faisant l'objet du plus de controverses. Lord Mance souligna que, la Doctrine étant de droit domestique, celle-ci est sujette aux limites imposées par le droit britannique. Selon Lord Mance, l'ordre public doit être pris en compte dans la détermination de la portée de la troisième règle et ne doit pas uniquement être traité comme une exception à la Doctrine³³⁹. Il considéra dès lors qu'une détention à l'étranger dans un contexte de conflit armé constitue, en principe et à certaines conditions, un *act of state* justifiant l'abstention judiciaire. Néanmoins, les actes en cause *in casu*, à savoir des actes de restitution (en ce qui concerne Belhaj) et de détention arbitraires ainsi que de mauvais traitements et de torture, allaient

³³⁵ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 11(iv)(a), 65, 74-80, 84, 127, 136-137, 156-157, 160, 169-170.

³³⁶ *Ibid.*, §§ 231, 233, 249-280.

³³⁷ E. SMITH, *op.cit.*, p. 22.

³³⁸ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 428.

³³⁹ A. SANGER, « UK Government cannot hide from complicity in human rights abuses », *Cambridge L. J.*, 2017, p. 225.

bien au-delà de tout comportement précédemment considéré comme exigeant l'abstention judiciaire, eu égard à la nature et à la gravité des violations des droits fondamentaux individuels en cause³⁴⁰.

Lord Neuberger et Lord Sumption quant à eux considérèrent au contraire que l'effet de l'ordre public se situe uniquement au niveau de l'exception à l'application de la règle. Lord Neuberger estima que l'application de la troisième règle requiert qu'il y ait une sorte d'accord relativement formel ou de haut niveau ou un traité entre les Etats concernés régissant la coopération entre ceux-ci. Toutefois, il souligna qu'en raison de la nature de la troisième règle, à savoir un principe d'abstention, il y a lieu d'être prudent lors de la détermination de son champ d'application. Dès lors, il conclut qu'aucun des actes invoqués par Monsieur Belhaj et sa femme ne tombait dans le champ d'application de cette troisième règle, en ce qu'il n'y avait pas un traité ou un accord régissant la coopération entre les Etats. Dans l'hypothèse où la troisième règle eut été applicable aux actes commis à l'égard de Monsieur Belhaj et sa femme, il y aurait néanmoins eu application de l'exception d'ordre public. Concernant Monsieur Rahmatullah au contraire, celui-ci ayant été transféré sous contrôle américain par un protocole d'entente entre les USA et le Royaume-Uni, la règle d'abstention judiciaire aurait pu trouver à s'appliquer³⁴¹. Cependant, l'existence ainsi que le contenu de ce protocole d'entente ne portant pas sur les actes allégués de complicité de détention illégale et de mauvais traitements, Lord Neuberger estima que la troisième règle ne trouvait pas à s'appliquer. Il ajouta que, même dans l'hypothèse où une telle règle aurait trouvé à s'appliquer aux réclamations de Monsieur Rahmatullah, les actes allégués seraient tombés sous l'exception d'ordre public³⁴².

Enfin, Lord Sumption considéra que la troisième règle, qu'il appelle *international law act of state*, devait en principe s'appliquer aux actes prétendument commis par les USA dans l'exercice de leur autorité gouvernementale. Sont concernés : pour Belhaj, son extradition de Thaïlande à la Libye accompagnée de mauvais traitements ; pour Rahmatullah, ses détentions en Iraq (les USA y ayant agi comme la puissance occupante) et en Afghanistan (les USA y ayant agi comme la puissance mandataire). En effet, selon Sumption, cette règle s'applique aux actes souverains commis par un Etat étranger en dehors de son territoire dans ses rapports avec d'autres Etats ou avec les sujets d'autres Etats³⁴³.

On constate que la conception de Lord Sumption est plus large que celles des Lords Mance et Neuberger, ces deux derniers estimant que les actes allégués *in casu* ne tombaient pas sous le champ d'application de la troisième règle. Toutefois, si la conception de Lord Sumption de la portée de la troisième règle est plus large, il considère que ce principe d'abstention est sujet à deux restrictions³⁴⁴. Premièrement, la Doctrine s'appliquerait uniquement lorsque l'invalidité ou l'illégalité de l'acte souverain

³⁴⁰ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 97, 102.

³⁴¹ A. SANGER, « UK Government cannot hide from complicity in human rights abuses », *op.cit.*, p. 226.

³⁴² Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 171-172.

³⁴³ *Ibid.*, §§ 234, 238.

³⁴⁴ N. SIMONSEN, « Introductory Note to *Belhaj v. Straw & Rahmatullah* (no 1) v. Ministry of Defence (U.K. Sup. Ct.) », *Int'l Leg. Materials*, 2017, p. 953.

étranger « *is part of the very subject matter of the action in the sense that the issue cannot be resolved without determining it* »³⁴⁵. En effet, le principe ne se déclencherait pas du simple fait que la procédure au principal risquerait de révéler, incidemment, que l'*act of state* étranger est illégal ; autrement, la Doctrine risquerait de dégénérer en une simple immunité contre l'embarras international³⁴⁶. Deuxièmement, l'application de la règle est restreinte par l'exception d'ordre public (voy. *supra*). *In casu*, les actes (d'assistance ou de complicité) de torture tombaient selon lui sous l'exception d'ordre public, ainsi que les actes de détention arbitraire (en ce compris l'extradition). Toutefois, eu égard à la conception que Lord Sumption a de l'exception d'ordre public, il estima que les allégations de mauvais traitements qui n'étaient pas constitutifs de torture ne déclenchaient pas l'exception d'ordre public, aucune norme de *jus cogens* n'étant en jeu. Dès lors, il conclut que l'abstention judiciaire était en principe requise concernant ces allégations³⁴⁷.

Section III. Conclusion

Les Lords Mance, Neuberger et Sumption tombèrent tous trois d'accord pour affirmer qu'à tout le moins en ce qui concernait les actes allégués de torture ainsi que de détention et de restitution illégales, le principe d'abstention judiciaire ne s'appliquait pas ; les raisonnements pour atteindre cette solution différaient toutefois. En effet, pour Lord Mance et Neuberger, aucun des actes allégués ne constituait un *act of state* justifiant l'application de la Doctrine. Pour Lord Sumption au contraire, les deuxième et troisième règles auraient dû trouver à s'appliquer, fût-ce l'exception d'ordre public inapplicable, et la troisième règle devrait trouver à s'appliquer concernant les actes allégués de mauvais traitements non constitutifs de torture. Les désaccords, tant concernant la deuxième que la troisième règle qu'en ce qui concerne l'exception d'ordre public, démontrent la complexité de la Doctrine.

Quoi qu'il en soit, les conclusions adoptées par la Cour dans ce jugement sont puissantes. Tout d'abord, avec cet arrêt, la Cour réaffirme le fait que la justiciabilité d'une question s'apprécie *in concreto* et en tenant compte de la nécessité d'une restriction judiciaire dans le cas de l'espèce ; en effet, une preuve concrète de la part du gouvernement qu'une décision judiciaire aurait un impact négatif sur les relations extérieures du Royaume-Uni continue d'être pertinente dans l'appréciation de la justiciabilité d'une question impliquant un *foreign act of state*. Toutefois, les juridictions ne peuvent invoquer l'abstention judiciaire du seul fait que les allégations portent sur des actes commis par le gouvernement britannique dans le cadre d'une action multilatérale. De simples allégations de risques de réputation ou d'embarras pour les complices internationaux de crimes allégués ne sont également pas suffisantes pour empêcher les tribunaux nationaux de connaître de plaintes formulées contre le gouvernement britannique. La nature de la violation alléguée ainsi que la gravité du préjudice prétendument subi sont également des éléments à prendre en considération dans l'évaluation de la justiciabilité d'une question ; en principe et à tout le moins conformément aux enseignements des Lords Mance et Neuberger, l'exigence de respect

³⁴⁵ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 240.

³⁴⁶ *Ibid.*, § 240.

³⁴⁷ *Ibid.*, §§ 268, 272, 278, 280.

des droits de l'Homme reconnus au niveau national fera obstacle à tout argument d'abstention judiciaire. De manière générale, il semblerait donc que les embarras diplomatiques, aussi importants soient-ils, ne peuvent contrebalancer l'importance de la réparation pour les victimes de torture et autres violations graves des droits de l'Homme³⁴⁸.

Si la décision avait été rendue en sens contraire, en accord avec les arguments du gouvernement britannique, cela aurait abouti à l'élaboration *de facto* d'un supplément national à l'immunité des Etats, protégeant les Etats et leurs institutions d'un contrôle judiciaire au niveau national de leurs actions lorsqu'ils agissent de concert avec d'autres Etats. La conséquence de la reconnaissance au niveau national d'une telle immunité aurait été de circonscrire grandement – si ne mettant pas fin à – la possibilité pour les individus d'obtenir réparation pour certaines des violations les plus graves des droits de l'Homme reconnus par le droit national et le droit international³⁴⁹. En effet, dans l'hypothèse où les autorités britanniques n'auraient pas pu être poursuivies au Royaume-Uni du fait de l'application de la Doctrine, cela aurait signifié qu'elles n'auraient pu être poursuivies devant aucune juridiction étatique, celles-ci bénéficiant de l'immunité devant les juridictions étatiques étrangères.

Soulignons qu'un élargissement de l'immunité des Etats, qui limiterait la possibilité pour les individus d'intenter des recours pour obtenir réparation des préjudices qu'ils auraient subis en raison de la violation des droits fondamentaux reconnus par la communauté internationale, requiert un dialogue international. En effet, un tel élargissement de l'immunité de l'Etat – ou la création d'immunités *de facto* – par un développement unilatéral des règles nationales porterait grandement atteinte à l'efficacité à long terme du droit international pour la protection des droits de l'Homme ainsi qu'aux normes minimales convenues pour l'immunité des Etats³⁵⁰.

L'absence de majorité concernant de nombreuses questions signifie que les positions des juridictions inférieures vont, à l'avenir, plus que probablement continuer à différer et que cette décision, fût-elle remarquable, ne répond toutefois pas à toutes les questions.

Chapitre III. Le droit d'accès aux tribunaux : article 6 de la CEDH

Afin de déterminer ce qu'implique la doctrine de l'act of state, il y a lieu de s'intéresser à la mesure dans laquelle elle constituerait pour les individus un obstacle à l'accès aux tribunaux.

Si l'égalité souveraine des Etats peut sembler défavorable à ce que les juridictions d'un Etat se prononcent sur la validité des actes souverains d'un autre Etat, la souveraineté de l'Etat du for et

³⁴⁸ A. PATRICK, « Blushes and Torture : Act of State Doctrine and Justiciability », *op.cit.*

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ A. PATRICK, « Suing the state: judicial competence, restraint and redress in *Belhadj* », *U.K. Const. L. Blog*, 7 novembre 2014, disponible sur <https://ukconstitutionallaw.org/2014/11/07/angela-patrick-suing-the-state-judicial-competence-restraint-and-redress-in-belhadj/> (10 juillet 2018).

l'essence de la fonction juridictionnelle y sont au contraire favorables³⁵¹. L'une des questions qui se pose relativement à la doctrine de l'act of state est celle de sa compatibilité avec le droit d'accès aux tribunaux.

Les règles de justice naturelle en *common law* et le concept de déni de justice dans les pays de droit civil ont été pendant de nombreuses années reconnus comme étant les garanties d'un procès équitable. Soulignons que le droit d'accès aux tribunaux fait partie intégrante du droit à un procès équitable (voy. *infra*). Le développement moderne du droit à un procès équitable s'est fait au moyen de conventions relatives aux droits de l'Homme. En effet, le droit à un recours pour violation d'un droit fondamental est expressément consacré dans les conventions universelles et régionales des droits de l'Homme³⁵². Notamment, le droit d'accès aux tribunaux est garanti par l'article 6 de la CEDH³⁵³. Dans ce chapitre, nous nous concentrerons plus précisément sur cet article, la problématique abordée dans la seconde partie de ce mémoire étant discutée sous l'angle du Royaume-Uni.

Section I. Généralités

Le droit d'accès aux tribunaux est garanti par l'article 6 de la CEDH. Cet article énumère les garanties procédurales d'un procès équitable. S'il est vrai que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas expressément consacré par cet article, la Cour européenne des droits de l'homme considère toutefois que ce droit en découle. En effet, il est peu probable que si l'article 6 énumère les garanties procédurales d'un procès équitable, il ne protège pas d'abord et avant tout le droit qui permet de bénéficier de ces garanties ; le droit d'accès aux juges³⁵⁴. Dès lors, il est admis que l'article 6, §1 de la CEDH offre la garantie aux individus que les contestations qu'ils forment concernant leurs droits et obligations de caractère civil soient traitées par un tribunal³⁵⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'article 6 de la CEDH ne confère pas un droit absolu d'accès aux tribunaux. En effet, ce droit, de par sa nature, se prête à des limitations implicites car il requiert une réglementation par l'Etat. Les Etats parties à la CEDH bénéficient donc d'une certaine marge d'appréciation en la matière. Pour que les limitations à ce droit établies par l'Etat soient acceptables, la Cour de Strasbourg considère qu'elles doivent poursuivre un but légitime par des moyens proportionnés et que ces limitations ne peuvent restreindre l'accès aux tribunaux « *d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* »³⁵⁶.

³⁵¹ N. ANGELET, *op.cit.*, p. 17.

³⁵² H. FOX CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 69.

³⁵³ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

³⁵⁴ Cour eur. D.H, arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, § 35, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018).

³⁵⁵ *Ibid.*, §§ 28-36 ; Cour eur. D.H, arrêt Al-Adsani c. Royaume-Uni du 21 novembre 2001, § 52, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018).

³⁵⁶ Cour eur. D.H, arrêt Al-Adsani c. Royaume-Uni du 21 novembre 2001, § 53, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018).

La Cour européenne des droits de l'homme opère une distinction entre, d'une part, un droit procédural et, d'autre part, le droit substantiel d'accès à la justice, qui ne doivent pas être confondus³⁵⁷. A cet égard, la Cour de Strasbourg considère que le droit d'accès à un juge consacré par l'article 6 CEDH n'est pas mis en cause par une règle matérielle de droit interne excluant la responsabilité, mais seulement par un obstacle de nature procédurale³⁵⁸.

Section II. L'article 6 et la doctrine de l'act of state

Au Royaume-Uni, actuellement Etat partie à la CEDH, la question est dès lors de savoir si la Doctrine porte atteinte au droit d'accès aux tribunaux consacré par l'article 6.

Soulignons simplement que, concernant l'immunité, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est bien établie ; étant un obstacle de nature procédurale, il s'agit d'une limitation au droit d'accès aux tribunaux consacré par l'article 6 de la CEDH, mais il est considéré qu'elle poursuit un but légitime et qu'elle constitue un moyen proportionné d'atteindre ce but³⁵⁹.

La Doctrine n'est quant à elle pas constitutive d'une immunité, sauf peut-être dans les cas extrêmement rares où la Doctrine constitue un principe d'abstention lorsque la non-justiciabilité est *preclusive*³⁶⁰. En dehors de ces hypothèses, la Doctrine est une règle de droit substantiel qui opère au fond. Dès lors, les juges britanniques, dans *Belhaj-Rahmatullah*, considérèrent que, en vertu de la jurisprudence de Strasbourg, même si la Doctrine avait été applicable, elle n'aurait pas constitué une limitation au droit d'accès aux tribunaux consacré par l'article 6, celle-ci constituant uniquement un obstacle de fond à la responsabilité ou au jugement³⁶¹, et non un obstacle procédural.

Dès lors, il semblerait que la Doctrine soit compatible avec l'article 6 de la CEDH.

Chapitre IV. La Doctrine, un obstacle à la justiciabilité de certains droits ?

Certes, nous venons de conclure à la compatibilité de la Doctrine avec l'article 6 de la CEDH. Toutefois, de ce qui précède, nous constatons que la Doctrine pourrait poser la question de la justiciabilité de certains droits de l'Homme, garantis à la fois au niveau national et international. Au niveau international et de façon théorique, la justiciabilité des droits de l'Homme est reconnue³⁶². Nous

³⁵⁷ H. Fox CMG QC et P. WEBB, *op.cit.*, p. 69.

³⁵⁸ Cour eur. D.H, arrêt Roche c. Royaume-Uni du 19 octobre 2005, §§ 116-121, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018) ; Cour eur. D.H, arrêt Markovic et autres c. Italie du 14 décembre 2006, § 114, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018).

³⁵⁹ En effet, il est considéré que l'immunité des Etats permet de garantir le respect de leur souveraineté nationale et favorise la courtoisie internationale et le maintien de bonnes relations interétatiques. Voy. not. Cour eur. D.H, arrêt Al-Adsani c. Royaume-Uni du 21 novembre 2001, §§ 54, 56, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018) ; Cour eur. D.H, arrêt Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne du 12 décembre 2002, § 36, <http://hudoc.echr.coe.int> (10 juillet 2018).

³⁶⁰ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, § 282.

³⁶¹ *Ibid.*, §§ 109-111

³⁶² En effet, par exemple, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, signée à Paris le 10 décembre 1948, déclare que « [t]oute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ».

visons ici à vérifier si, dans certains cas, lorsque la Doctrine est appliquée comme un principe de non-justiciabilité, celle-ci constituerait un obstacle à la justiciabilité de certains droits de l'Homme.

Section I. La justiciabilité : définition générale

Tout d'abord, il y a lieu de définir brièvement ce que l'on entend par « justiciabilité ». Dans le cadre de ce mémoire, le terme « justiciabilité » d'un droit est employé aux fins de désigner la capacité qu'a un droit d'être garanti devant un juge ; « *un droit justiciable est un droit susceptible d'être contrôlé par un juge* »³⁶³. Les auteurs anglo-saxons définissent la justiciabilité des droits comme étant la « *capacité des tribunaux de connaître de l'allégation de leur violation par des victimes individuelles* »³⁶⁴. La justiciabilité d'un droit représente donc un élément important de son effectivité.

Dans le contexte des droits de l'Homme, la justiciabilité d'un droit représente la « *[f]aculté qu'a un droit de l'Homme reconnu de manière générale et dans l'absolu, de pouvoir être invoqué devant un organe judiciaire ou quasi judiciaire habilité : en premier lieu, à déterminer, dans le cadre d'un cas concret dont il est saisi, si ce droit de l'Homme a été enfreint ou non ; et en second lieu, à décider des mesures appropriées à prendre en cas de violation* »³⁶⁵.

Ce terme est d'origine anglo-saxonne et est équivoque³⁶⁶. Cette notion « *nous est présentée comme une qualité intrinsèque des normes à appliquer, alors qu'il faut la concevoir plutôt comme la combinaison de cette norme avec le contexte dans lequel elle s'insère* »³⁶⁷. Il est important, dans le cadre de la question posée *in casu*, de garder à l'esprit que la justiciabilité d'un droit devrait donc s'analyser de façon concrète et qu'elle dépend de multiples facteurs, tels que, notamment, les caractéristiques du système juridique dans lequel le droit est invoqué et celles du cas précis porté devant le juge³⁶⁸.

Soulignons que ces observations relatives à la flexibilité du concept de justiciabilité ont généralement été formulées à propos des droits économiques, sociaux et culturels. Là n'est pas notre propos ; nous désirons simplement mettre en lumière le fait que, si la justiciabilité d'un droit devait s'analyser concrètement, une certaine compréhension de la Doctrine dans un certain contexte pourrait entraîner *de facto* la non justiciabilité, c'est-à-dire l'absence de contrôle judiciaire, et ainsi l'ineffectivité, de certains droits de l'Homme dont la justiciabilité n'est, en principe et en théorie, pas contestée.

³⁶³ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen* (sous la dir. De F. SUDRE), Thèse, Collection Droit de la convention européenne des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 21.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ Organisation des Nations-Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), *Les Directives sur le droit à l'alimentation - Documents d'information et études de cas*, Rome, FAO, 2006, p. 73.

³⁶⁶ M. GARON, *La justiciabilité du droit à l'eau, une perspective indienne*, mém. : Pratique européenne du droit, Rouen, 2016, pp. 15-16.

³⁶⁷ O. DE SCHUTTER, « Le protocole facultatif au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Rev. b. dr. intern.*, 2006, p. 19.

³⁶⁸ C. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 114.

Section II. La doctrine de l'act of state et la justiciabilité

La question se pose dans l'hypothèse où la Doctrine s'appliquerait dans une affaire concernant une action concertée entre Etats et que son application empêcherait que le gouvernement de l'Etat du for soit poursuivi devant les juridictions de son propre Etat pour des violations alléguées des droits de l'Homme. Comme nous l'avons déjà souligné (voy. *supra*), ce gouvernement ne pourrait pas être poursuivi devant les juridictions d'un autre Etat, en raison de l'immunité.

La position adoptée par Lord Sumption dans *Belhaj-Rahmatullah* (voy. *supra*) constitue le nœud du problème ; si ses interprétations de la portée de la Doctrine et de l'exception d'ordre public venaient à être adoptées, cela ne serait pas sans incidences pratiques. En effet, cela signifierait que des allégations de traitements inhumains et dégradants (ou d'autres violations de droits fondamentaux qui ne sont pas du *jus cogens*) prétendument commis par des agents britanniques ne pourraient être jugées par les tribunaux britanniques³⁶⁹ dans un contexte similaire à celui de *Belhaj-Rahmatullah*, c'est-à-dire en situation d'action concertée entre Etats. Une telle solution entraînerait des conséquences pratiques significatives pour les justiciables ; non seulement, il ne serait pas possible de poursuivre le Royaume-Uni devant les juridictions britanniques quant à ces faits, mais cela serait également impossible devant des juridictions étatiques étrangères.

Actuellement, il ne peut toutefois être soutenu que la Doctrine constituerait effectivement un obstacle à la justiciabilité de certains droits fondamentaux. Premièrement, la position de Lord Sumption ne fit pas la majorité au sein de la Cour Suprême. Les Lords Mance et Neuberger conclurent tous deux, à juste titre, à l'inapplicabilité au cas de l'espèce de la troisième règle découlant de la Doctrine. Ils estiment également qu'une violation d'une norme de *jus cogens* n'est pas nécessaire pour déclencher l'exception d'ordre public.

Toutefois, un tel degré de désaccord entre les juges suprêmes concernant tant la portée de la troisième règle que celle de l'exception d'ordre public qui la caractérise reste problématique et dangereux. En effet, étant donné les importantes différences entre les raisonnements des Lords, on ne peut exclure l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence³⁷⁰, et il est regrettable qu'il n'y ait pas d'unanimité, à tout le moins concernant les atteintes aux droits fondamentaux. Dans l'hypothèse où une majorité de la Cour Suprême viendrait à admettre l'interprétation de Lord Sumption, en vertu de la règle du précédent, les juridictions inférieures seraient tenues de suivre cette jurisprudence³⁷¹ et ne pourraient s'en départir pour démontrer leur désaccord avec une jurisprudence qu'elles estimeraient erronée.

³⁶⁹ Ni même par des tribunaux étrangers, le Royaume-Uni bénéficiant alors de l'immunité de l'Etat.

³⁷⁰ Jusqu'en 1966, la House of Lords, actuellement Cour Suprême, était également tenue de respecter ses propres décisions antérieures en vertu de la règle du précédent (*stare decisis*). Toutefois, en 1966, le *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 3 All ER 77, [1966] 1 WLR 1234 fut rendu par la Chambre des Lords et instaura un changement ; les revirements de jurisprudence par la House of Lords devinrent permis lorsque cela apparaît approprié. De plus, une pratique courante au Royaume-Uni afin d'éviter de respecter un précédent contraignant est de limiter une décision antérieure aux faits étroits de la cause, et ainsi limiter la portée de son autorité. Voy. D. VONG, « Binding precedent and English Judicial Law making », disponible sur <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/21n3/vong.pdf> (8 août 2018), pp. 323-325.

³⁷¹ S. CAPORAL, « Le revirement de jurisprudence, lieu de rapprochement entre les systèmes de civil law et de common law », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 265.

Certes, les revirements de jurisprudence restent exceptionnels au Royaume-Uni. Cependant, cette affirmation selon laquelle la récente jurisprudence *Belhaj-Rahmatullah* n'est pas à l'abri d'un revirement est renforcée par le fait que, le jour où cet arrêt fut rendu, la Cour Suprême du Royaume-Uni, composée d'un panel différent de sept juges, rendit l'arrêt *Rahmatullah-Mohammed*³⁷² qui, au regard de la position adoptée dans *Belhaj-Rahmatullah*, est tout à fait surprenant. Certes, cette dernière affaire concernait la doctrine du *Crown act of state* (voy. *supra*), et non celle du *foreign act of state* ; la Cour considéra néanmoins à l'unanimité que la *Crown act of state doctrine* constituait un obstacle à une action en responsabilité délictuelle contre le gouvernement britannique pour des faits de détention et de transfert des requérants par les forces britanniques en Irak et en Afghanistan³⁷³.

Deuxièmement, à l'heure actuelle, le Royaume-Uni est lié par la CEDH³⁷⁴ et reconnaît la juridiction de la Cour de Strasbourg. Dans l'hypothèse où le raisonnement de Lord Sumption viendrait à s'imposer et que les juridictions britanniques refuseraient de statuer sur des allégations de traitements inhumains et dégradants³⁷⁵, ou, de manière plus générale, sur des allégations concernant des violations de droits de l'Homme qui ne sont pas du *jus cogens*, les justiciables auraient cependant toujours la possibilité de porter l'affaire devant la Cour de Strasbourg, après épuisement des voies de recours internes, pour obtenir une condamnation du Royaume-Uni³⁷⁶. Toutefois, même si les individus disposeraient alors d'un recours devant un juge qui contrôlerait le respect de leurs droits fondamentaux, il n'en reste pas moins que les juges britanniques ne sont pas tenus d'exécuter la jurisprudence de Strasbourg³⁷⁷ ; les justiciables seraient dès lors confrontés à de nombreuses difficultés pour faire respecter leurs droits fondamentaux.

Néanmoins, dans le contexte actuel d'euroscepticisme, on ne peut affirmer avec certitude que le Royaume-Uni sera toujours partie à la CEDH et acceptera toujours la compétence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dès lors, dans l'hypothèse de l'absence de la possibilité de pouvoir introduire un recours à la Cour de Strasbourg, l'application de la Doctrine telle qu'interprétée par Lord Sumption entraînerait la non-justiciabilité de certains droits de l'Homme qui, s'ils ne sont certes pas absolus, sont toutefois fondamentaux et nécessitent, afin d'être efficaces, un respect de la part des acteurs étatiques et un contrôle judiciaire.

³⁷² Supreme Court of the United Kingdom, *Rahmatullah v. Ministry of Defence and Mohammed v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1, [2017] 2 WLR 287.

³⁷³ N. SIMONSEN, « The UK Supreme Court's Blockbuster Decision in *Belhaj* », *op.cit.* ; Supreme Court of the United Kingdom, *Rahmatullah v. Ministry of Defence and Mohammed v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1, [2017] 2 WLR 287, §§ 75, 95.

³⁷⁴ La théorie dualiste étant privilégiée au Royaume-Uni quant aux rapports entre le droit interne et le droit international, comme nous l'avons déjà souligné, c'est en vertu du Human Rights Act 1998 que la CEDH est incorporée dans le droit britannique.

³⁷⁵ Prohibés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, art. 3.

³⁷⁶ Soulignons simplement que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne protège les droits fondamentaux des individus uniquement lorsque les Etats membres de l'Union européenne mettent en œuvre le droit européen ; la protection n'est donc pas aussi étendue que celle consacrée par la CEDH. Si un individu considère qu'un Etat a enfreint la Charte, il devra agir devant la Commission européenne (qui n'est pas un organe judiciaire), et non devant la Cour de justice de l'Union européenne ; en effet, les individus ne peuvent y poursuivre les Etats membres de l'Union européenne. Voy. https://e-justice.europa.eu/content_fundamental_rights-176-fr.do (13 juillet 2018).

³⁷⁷ En effet, aucune disposition de la CEDH ne contraint les juridictions nationales à suivre l'enseignement de Strasbourg ; la Section 2 du Human Rights Act 1998 commande aux juridictions britanniques de prendre en compte les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, pas de les exécuter. Voy. L. LAFFONT, *Le dialogue des juges entre les juridictions britanniques et la Cour européenne des droits de l'Homme*, mém. : Droit pénal de l'Union européenne, Université de Strasbourg, Année 2016-2017, pp. 5-6.

On perçoit donc toute la dangerosité de ce concept et il semblerait qu'une régulation par la voie législative soit désirable, et même nécessaire, dans un souci du respect des droits des justiciables et du droit international.

CONCLUSION

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons analysé la doctrine de l'act of state de façon générale, sous les angles américain et britannique. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, la Doctrine est un concept obscur et qui ne reçoit pas, à l'heure actuelle, de définition univoque. Nous avons notamment conclu à la difficulté de l'appréhender et au fait qu'une approche par les exceptions qui la caractérisent était – de façon tout à fait compréhensible – généralement préférée par les juridictions étatiques. Une intervention législative nous semblait ainsi nécessaire afin d'apporter davantage de cohérence et de prévisibilité à la matière. La Doctrine traditionnelle est déjà, en elle-même, source d'incertitudes, de confusions et, dès lors, d'insécurité juridique. Au Royaume-Uni, ces problèmes sont accentués en ce que le principe de validité qu'est la Doctrine traditionnelle s'articule dans une certaine mesure avec un principe d'abstention, ce que nous ne retrouvons pas aux Etats-Unis. Nous avons en effet mis en lumière le fait que les pratiques américaine et britannique sont substantiellement différentes à bien des égards. Il semblerait que les juridictions américaines soient plus prudentes dans leur utilisation de la doctrine de l'act of state en ce qu'elles l'appliquent uniquement comme une règle de décision.

Dans la seconde partie de ce mémoire, nous nous sommes concentrés sur le Royaume-Uni, et plus précisément sur la troisième règle identifiée en droit britannique. Outre le fait que cette troisième règle complexifie la compréhension de la Doctrine, elle constitue également un risque en termes d'accès à la justice. En effet, dans le cadre d'actions concertées entre Etats, l'application de la troisième règle qu'est le principe d'abstention pourrait conduire les juridictions à refuser d'examiner la responsabilité de l'Etat du for en raison de l'*indirect impleading* de *foreign acts of state* et, dès lors, les réclamations des justiciables quant à ce ne pourraient être portées devant aucun juge étatique, l'Etat du for bénéficiant de l'immunité devant les juridictions étrangères. Ainsi, « *the potential effect [of the Doctrine] is to preclude the right to a remedy against the potential misuse of executive power and in respect of breaches of fundamental rights, and on a basis which defies precise definition* »³⁷⁸.

Après avoir analysé brièvement la règle de l'immunité des Etats en lien avec la Doctrine, nous nous sommes intéressés à la compatibilité de la règle de l'act of state avec le droit d'accès aux tribunaux, et plus précisément avec l'article 6 de la CEDH. Nous avons conclu, en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, que la Doctrine ne constitue jamais un obstacle de nature procédurale à l'exercice de leurs compétences par les juridictions et que celle-ci est dès lors compatible avec l'article 6 de la CEDH. Toutefois, dans les faits, elle entrave dans une certaine mesure la poursuite de la justice. En effet, son application peut empêcher l'indemnisation de victimes de certains *acts of state* dont les juridictions étrangères se refuseront à examiner la validité. Nous devons ici nuancer notre propos par le fait que, comme cela a déjà été mentionné, si la Doctrine empêche un juge de rendre une décision sur la validité d'un *foreign act of state*, il existe, en principe, un autre juge pour lequel la Doctrine n'est pas un obstacle à l'examen de l'acte en question. Dès lors, un justiciable disposerait en principe

³⁷⁸ England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Belhaj v. Straw* [2013] EWHC 4111 (QB), § 151 par Simon J.

d'autres moyens pour obtenir réparation, tels qu'une action judiciaire dans un autre Etat ou même encore la voie diplomatique. Il n'empêche que si, en théorie, le justiciable dispose d'autres possibilités pour obtenir réparation, celles-ci ne sont pas toujours, pour diverses raisons, réalisables dans la pratique³⁷⁹. Quoiqu'il en soit, dans l'hypothèse où la Doctrine ne constituerait pas un obstacle absolu à une réparation, elle complexifie sans aucun doute les démarches des justiciables. Cela est d'autant plus problématique que le champ d'application de la Doctrine n'est pas toujours clair et son application manque donc de prévisibilité. Pour ces raisons, notamment, la Doctrine fait l'objet de nombreuses critiques.

Certes, la Doctrine n'est pas absolue et des limites existent. L'un des avantages que la Doctrine présente à être une pure création jurisprudentielle est qu'elle est un concept évolutif, et qu'elle est dès lors susceptible de se développer en tenant compte des critiques formulées à son égard. Au fil du temps, la Doctrine a donc évolué et de nouvelles limites y ont été apportées, principalement par les juridictions, visant notamment à assurer un plus grand respect du droit international et des droits de l'Homme. Plus précisément, les juridictions cherchèrent à assurer que la Doctrine ne soit pas un obstacle à l'examen d'un acte dont il était allégué qu'il constituait une violation flagrante des normes essentielles du droit international. Il est intéressant d'observer qu'aux Etats-Unis cette évolution s'est d'abord faite en vue de protéger la propriété (voy. *supra* l'exception Bernstein et le *Second Hickenlooper Amendment*) pour ensuite s'étendre aux autres droits de l'Homme, alors qu'au Royaume-Uni la préoccupation portait d'abord sur la protection des droits de l'Homme pour ensuite s'étendre à d'autres violations de règles internationales³⁸⁰ (voy. *supra* l'exception d'ordre public avec *Oppenheimer*, qui fut étendue avec *Kuwait Airways*).

Nous avons introduit notre sujet en soulignant le fait que le droit international public avait évolué d'une façon à inclure la réglementation des droits de l'Homme au bénéfice des individus, ces derniers étant désormais considérés comme des sujets de droit international. Parallèlement à ces évolutions sur la scène internationale, on constate donc la volonté croissante des juridictions nationales d'enquêter sur et d'examiner le comportement des acteurs étatiques ainsi que certaines questions de droit international public lorsque cela est approprié³⁸¹ – cette tendance se reflète notamment par l'introduction et l'étendue des exceptions à la Doctrine ainsi que dans la décision *Belhaj-Rahmatullah* de la Cour Suprême du Royaume-Uni que nous avons analysée. Si cet arrêt ne résout pas toutes les questions et que nous avons considéré l'enseignement de Lord Sumption comme risqué, nous devons toutefois rappeler que cet arrêt constitue cependant une avancée. En effet, *in fine*, la UKSC arrive à la conclusion que les juridictions britanniques peuvent connaître des réclamations formulées contre le gouvernement britannique lorsqu'il se rend complice de violations des droits de l'Homme à l'étranger, celui-ci ne

³⁷⁹ Mentionnons par exemple les difficultés que peut rencontrer un justiciable qui souhaiterait intenter une action devant les juridictions d'un Etat étranger ayant accompli un *act of state*. En effet, il est probable que le justiciable ne connaisse pas le droit en vigueur à l'étranger et les procédures judiciaires. Intenter une procédure à l'étranger représente également un surcoût, etc. Il se peut également que le système judiciaire de l'Etat dans lequel il y aurait lieu d'agir ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité, etc.

³⁸⁰ B. STERN, *op.cit.*, pp. 76-78.

³⁸¹ England and Wales Court of Appeal, *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394, [2015] 2 WLR 1105, § 115.

pouvant invoquer la Doctrine comme défense dans une telle hypothèse. Une telle décision représente donc une avancée pour la protection des droits fondamentaux³⁸².

La Cour Suprême du Royaume-Uni procéda également à d'importants développements et clarifications dans cette décision concernant la troisième règle identifiée en droit britannique. Il en ressort que la Doctrine ne peut être actuellement considérée comme un obstacle à la justiciabilité de certains droits, la Cour ayant considéré que la Doctrine n'était pas un obstacle à une décision par les juridictions sur les actes accomplis par le gouvernement britannique dans le cadre d'une action menée à l'étranger de concert avec d'autres Etats. La prudence reste toutefois requise ; en effet, les revirements de jurisprudence restent possibles et la dangereuse interprétation de Lord Sumption de la Doctrine dans un tel contexte pourrait finir par s'imposer. L'absence de consensus entre les juges, ou ne fût-ce que d'une large majorité, démontre la complexité de la matière et est dangereuse et regrettable. Il semble certes peu probable que la Cour Suprême régresse en matière de droits fondamentaux. Mais les droits de l'Homme ne doivent pas être considérés comme acquis, et il y a lieu de toujours garder à l'esprit la nécessité de les garantir et de les sécuriser.

De plus, cette décision reflète le changement dans la compréhension du principe de non-justiciabilité. La tendance a évolué d'une non-justiciabilité « *preclusive* » à une non-justiciabilité « *presumptive* »³⁸³. Lorsque la non-justiciabilité est « *preclusive* » cela signifie qu'elle « *precludes any further inquiry relating to the grounds of review* »³⁸⁴ là où lorsqu'elle est seulement « *presumptive* », cela signifie que l'objet de la procédure est seulement non-justiciable *prima facie*. *In fine*, la non-justiciabilité « *depends on whether and, if so, how the non-justiciable subject-matter is implicated in the legal dispute* »³⁸⁵. Dans *Belhaj-Rahmatullah*, le gouvernement britannique invoquait l'approche « *preclusive* » de la non-justiciabilité. La UKSC identifia, comme nous l'avons vu, deux catégories de questions non-justiciables et limita la « *preclusive* » non-justiciabilité à la seule première catégorie. Dès lors, ce qui était la norme est devenu l'exception et les cas pour lesquels une décision judiciaire est considérée comme inappropriée ont été restreint. Parallèlement, les motifs invoqués par les requérants sont de plus en plus pris en compte dans l'évaluation de la justiciabilité d'une question. La combinaison de ces facteurs mène à la normalisation de l'examen de la conduite des pouvoirs étatiques³⁸⁶.

Plus que simplement désirable, une telle décision de la UKSC dans *Belhaj-Rahmatullah* était véritablement nécessaire, afin d'éviter que l'Etat britannique ne puisse bénéficier, *de facto*, d'une immunité devant les juridictions étatiques du monde entier, en ce compris les siennes, lorsqu'il agit de concert avec d'autres Etats. On comprend là qu'une telle immunité *de facto* reviendrait à placer le Royaume-Uni dans une position tout à fait particulière et unique, mènerait à l'affaiblissement du droit international dans ses normes les plus fondamentales et porterait atteinte à l'Etat de droit. L'objectif de

³⁸² E. SMITH, *op.cit.*, pp. 22-23.

³⁸³ R. THWAITES, *op.cit.*, p. 34.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 33.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 36.

³⁸⁶ *Ibid.*, pp. 33, 51.

la doctrine de l'act of state n'est certainement pas d'exonérer les autorités britanniques de leur responsabilité³⁸⁷.

Malgré les problèmes qu'elle soulève, il est vrai que la doctrine de l'act of state peut paraître désirable, en ce sens qu'elle permet de ménager certaines susceptibilités étatiques étrangères³⁸⁸. En effet, les juridictions américaines et britanniques fondent notamment la théorie de l'act of state sur les principes d'indépendance, de souveraineté et sur la courtoisie internationale. Toutefois, comme il a déjà été souligné, le droit international n'impose pas aux juridictions nationales de faire application de la Doctrine³⁸⁹, preuve en est qu'elle est seulement applicable dans quelques Etats du monde.

Ainsi, la doctrine de l'act of state n'est pas commandée par le droit international. En outre, elle aurait également des effets indésirables, comme nous l'avons déjà souligné. En effet, appliquer la doctrine de l'act of state, y compris lorsque des droits privés sont en jeu, reviendrait à amoindrir les fonctions d'un pouvoir judiciaire indépendant que sont la protection des individus contre les pouvoirs de l'Etat et s'assurer que les représentants du gouvernement agissent en conformité avec les normes juridiques³⁹⁰. Son application peut également porter atteinte au respect du droit international et ainsi amoindrir son efficacité ; cela est d'autant plus curieux que certains principes du droit international sont invoqués comme fondements de la Doctrine.

De plus, les objectifs que poursuivrait la Doctrine peuvent être achevés par l'utilisation d'autres règles et principes juridiques³⁹¹. Nous pouvons ainsi soutenir que la Doctrine n'est pas nécessaire. La *political question doctrine* aux Etats-Unis et le principe de non-justiciabilité au Royaume-Uni permettent en effet d'éviter que les juridictions ne se prononcent dans des affaires pour lesquelles il n'existe pas de standards juridiques identifiables ou gérables à appliquer et de prévenir des décisions judiciaires dans le cadre de questions mieux à même d'être réglées à d'autres niveaux de pouvoirs. Notons également que la règle de l'immunité des Etats permet d'assurer le respect des principes de souveraineté étatique et d'indépendance. Ajoutons qu'en vertu du droit international privé, l'application des règles ordinaires de conflit de lois peut également aboutir à un résultat similaire à celui qui aurait été obtenu par l'application de la Doctrine et l'application de ces règles assure le respect de la souveraineté étrangère³⁹². Par exemple, dans *Luther v. Sagor*, le résultat obtenu par l'application de la règle de la *lex situs* est identique à celui qui aurait été obtenu si la Doctrine avait été strictement appliquée. De même, dans *Underhill*, le résultat aurait également été identique s'il avait été fait application de la *lex loci delicti* (la loi du lieu où le délit (« tort ») fut commis)³⁹³, et nous avons également constaté que si cette affaire était considérée comme l'arrêt fondateur de la Doctrine aux Etats-Unis, la

³⁸⁷ Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw and Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456, §§ 11(iv)f), 102, 266.

³⁸⁸ L. VAN PRAAG, *op.cit.*, p. 316.

³⁸⁹ D'ailleurs, il est généralement considéré dans les pays de *civil law* que des considérants émis par le juge qui n'ont pas d'autorité liant les parties ne peuvent constituer une atteinte à l'indépendance et à la souveraineté des Etats étrangers. Voy. L. VAN PRAAG, *op.cit.*, pp. 317-318.

³⁹⁰ H. H. KOH, *op.cit.*, p. 2363.

³⁹¹ D. WALLACE JR., *op.cit.*, pp. 7-8.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ M. ALDERTON, *op.cit.*, p. 24.

Cour Suprême des USA avait toutefois à l'esprit la règle de l'immunité lorsqu'elle rendit sa décision. D'ailleurs, la Cour Suprême des USA elle-même reconnu que l'application des règles de conflit de lois aurait été suffisante pour contrôler l'issue de nombreux cas américains où la Doctrine fut cependant appliquée³⁹⁴.

Dès lors, les nombreuses critiques formulées à l'égard de la doctrine de l'act of state nous semblent justifiées. Certains auteurs ont appelé à son abolition, au motif qu'elle ne servirait plus d'objectifs nécessaires ou légitimes, celle-ci faisant double emploi, dans les affaires impliquant des Etats étrangers, avec d'autres méthodes de contrôle juridictionnel existantes, et ce tout en étant source d'injustices ou de méconnaissance des droits privés³⁹⁵. A défaut d'abolition, la doctrine de l'act of state devrait, premièrement, être maintenue bien distincte de la règle de l'immunité des Etats, des règles de choix de lois et du principe de non-justiciabilité³⁹⁶. Deuxièmement, on constate que d'une interprétation de la Doctrine à une autre, les solutions peuvent substantiellement différer, avec de potentielles lourdes conséquences pour les justiciables et pour le respect et l'efficacité du droit international. Il nous semble de ce fait nécessaire que la matière soit sécurisée, principalement au Royaume-Uni, et qu'une intervention législative établisse tant la portée de la Doctrine que celle de ses exceptions.

³⁹⁴ Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964) 445.

³⁹⁵ M. ALDERTON, *op.cit.*, p. 25.

³⁹⁶ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

A. Législation Internationale

- Charte des Nations-Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945.
- Déclaration universelle des droits de l'Homme, signée à Paris le 10 décembre 1948.
- Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, signée à New-York le 2 décembre 2004.

B. Convention européenne des droits de l'Homme

- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

C. Législation Américaine

- The Constitution of the United States of America, 17 septembre 1787.

D. Législation Britannique

- Human Rights Act 1998.
- Constitutional Reform Act 2005 (2005 c. 4).

2. Jurisprudence

A. Jurisprudence Internationale

- C.I.J., Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), fond, arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 99.

B. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

- Cour eur. D.H, arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, <http://hudoc.echr.coe.int>.

- Cour eur. D.H, arrêt Al-Adsani c. Royaume-Uni du 21 novembre 2001, <http://hudoc.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H, arrêt Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne du 12 décembre 2002, <http://hudoc.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H, arrêt Roche c. Royaume-Uni du 19 octobre 2005, <http://hudoc.echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H, arrêt Markovic et autres c. Italie du 14 décembre 2006, <http://hudoc.echr.coe.int>.

C. *Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*

- C.J.C.E., 10 mai 1990 (MacLaine Watson & Company Limited c. Conseil et Commission des Communautés européennes), C-241/87, *Rec. C.J.C.E.*, 1990, I, p. 1797, concl. Av. gén. M. DARMON.

D. *Jurisprudence Américaine*

Supreme Court of the United States

- Supreme Court of the United States, *Hilton v. Guyot* 159 U.S. 113 (1895).
- Supreme Court of the United States, *Underhill v. Hernandez* 168 U.S. 250 (1897).
- Supreme Court of the United States, *Oetjen v. Central Leather Co.* 246 U.S. 297 (1918).
- Supreme Court of the United States, *Ricaud v. American Metal Co., Ltd.* 246 U.S. 304 (1918).
- Supreme Court of the United States, *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962).
- Supreme Court of the United States, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 U.S. 398 (1964).
- Supreme Court of the United States, *First Nat'l City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 U.S. 759 (1972).
- Supreme Court of the United State, *Alfred Dunhill of London v. Republic of Cuba* 425 U.S. 682 (1976).
- Supreme Court of the United States, *Kirkpatrick & Co. v. Evtl. Tectonics* 493 U.S. 400 (1990).

- Supreme Court of the United States, *Republic of Austria v. Altmann* 541 U.S. 677 (2004).

United States Court of Appeals

- United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-maatschappij* 173 F.2d 71 (2d Cir. 1949).
- United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-maatschappij* 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954).
- United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC)* 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981).
- United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic* 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995).
- United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Philippine National Bank v. United States District Court for the District of Hawaii* 397 F.3d 768 (9th Cir. 2005).
- United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto plc* 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007).
- United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto, PLC* 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011).

United States District Court for the Southern District of New York

- United States District Court for the Southern District of New York, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 193 F. Supp. 375 (S.D.N.Y. 1961).
- United States District Court for the Southern District of New-York, *Daventree Ltd. v. Republic of Azerbaijan* 349 F. Supp. 2d 736 (S.D.N.Y. 2004).

New-York Supreme Court

- N. Y. Sup. Ct., *Hatch v. Baez* 7 Hun 596 (1876).

E. *Jurisprudence Britannique*

House of Lords

- House of Lords, *Government of India v. Taylor* [1955] AC 491, [1955] 1 All ER 292.
- House of Lords, *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 3 All ER 77, [1966] 1 WLR 1234.
- House of Lords, *Oppenheimer v. Cattermole* [1976] AC 249, [1975] 2 WLR 347.
- House of Lords, *Buttes Gas and Oil Co v. Hammer* [1982] AC 888, [1981] 3 WLR 787.
- House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte (No 1)* [2000] 1 AC 61, [1998] 3 WLR 1456.
- House of Lords, *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5)* [2002] UKHL 19, [2002] 2 WLR 1353.

Supreme Court of the United Kingdom

- Supreme Court of the United Kingdom, *Khaira v. Shergill* [2014] UKSC 33, [2014] 3 WLR 1.
- Supreme Court of the United Kingdom, *Belhaj v. Straw* and *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3, [2017] 2 WLR 456.
- Supreme Court of the United Kingdom, *Rahmatullah v. Ministry of Defence* and *Mohammed v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 1, [2017] 2 WLR 287.

England and Wales Court of Appeal

- England and Wales Court of Appeal, *The Parlement Belge* [1880] LR 5 PD 197.
- England and Wales Court of Appeal, *AM Luther Co. v. James Sagor & Co.* [1921] 3 KB 532, [1921] 7 Ll. L. Rep. 218.
- England and Wales Court of Appeal, *Princess Paley Olga v. Weisz* [1929] 1 KB 718.
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *A Ltd v. B Bank* [1997] 6 Bank. L. R. 85, [1997] 1 L. Pr. 586.
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co. (No 6)* [2000] EWCA Civ 284, [2001] 3 WLR 1117.

- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Berezovsky v. Abramovich* [2011] EWCA Civ 153, [2011] 1 WLR 2290.
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855, [2013] 3 WLR 1329.
- England and Wales Court of Appeal, *R. (on the application of Khan) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ 24, [2014] 1 WLR 872.
- England and Wales Court of Appeal, *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394, [2015] 2 WLR 1105.

England and Wales High Court

- England and Wales High Court (Administrative Court), *The Campaign for Nuclear Disarmament v. The Prime Minister of the United Kingdom and others* [2002] EWHC 2777 (Admin), [2003] LRC 335.
- England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Belhaj v. Straw* [2013] EWHC 4111 (QB).
- England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 3846 (QB).

3. Doctrine

A. Monographies

- BRADLEY C. A. et GOLDSMITH J. L., *Foreign Relations Law : Cases and Materials*, 6th Ed., New York, Wolters Kluwer, 2017.
- CAMUS C., *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J., 2015.
- DAVID R., « Les grands systèmes de droit contemporains », 11^e Ed., Paris, Dalloz, 2002.
- FOX CMG QC H. et WEBB P., *The Law of State Immunity*, 3rd Ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.

- GOLAY C., *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- RIGAUX F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, A. Pedone, 1977.
- VAN PRAAG L., *Juridiction et droit international public : la juridiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*, La Haye, Belinfante, 1915.

B. Articles de revues et de périodiques

- ALDERTON M., « The Act of State Doctrine: Questions of Validity and Abstention from Underhill to Habib », *Melbourne Journal of International Law*, 2011, pp. 1-26.
- BARDOS R., « Judicial Abstention Through the Act of State Doctrine. International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries, 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981). », *Maryland Journal of International Law*, 1981, pp. 177-192.
- BIANCHI A., « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue générale de droit international public*, 2004, pp. 63-101.
- BLAKELEY R. et RAPHAEL S., « British torture in the 'war on terror' », *European Journal of International Relations*, 2017, pp. 243-266.
- CHAMPLIN L. et SCHWARZ A., « Political Question Doctrine and Allocation of the Foreign Affairs Power », *Hofstra L. Rev.*, 1985, pp. 215-256.
- X., « Comment : The Act of State doctrine – its relation to private and public international law », *Colum. L. Rev.*, 1962-7, pp. 1278-1312.
- DAVIES M., « Case note : Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co », *Melbourne Journal of International Law*, 2001, pp. 523-534.
- DE SCHUTTER O., « Le protocole facultatif au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Rev. b. dr. intern.*, 2006-I, pp. 7-56.
- DODGE W. S., « International comity in American Law », *Colum. L. Rev.*, 2015, pp. 2071-2142.
- ERGEC R., « La doctrine de l'Act of State et la jurisprudence belge », *Rev. dr. intern. comp.*, 1984, pp. 61-93.

- ERGEC R., « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 1986, pp. 72-134.
- GIL E., « Judicial Answer to Political Question : The Political Question Doctrine in the United States and Israel », *B. U. Pub. Int. L. J.*, 2014, pp. 245-286.
- HARRISON J., « The American Act of State Doctrine », *Georgetown Journal of International Law*, 2016, pp. 507-571.
- HERZOG P., « La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1982, pp. 617-646.
- JUILLIARD P., « L'arrêt *Banco Nacional de Cuba c/ Sabbatino* », *Ann. fr. dr. intern.*, 1965, pp. 205-229.
- KOH H. H., « Transnational Public Law Litigation », *Yale L. J.*, 1991, pp. 2347-2402.
- MANN F. A., « The Foreign Act of state doctrine », *Holdsworth L. Rev.*, 1986, pp. 15-34.
- MCGOLDRICK D., « The Boundaries of Justiciability », *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 981-1020.
- MORGENSTERN F., « Recognition and Enforcement of Foreign Legislative Administrative and Judicial Acts which are contrary to international Law », *I. L. Q.*, 1951, pp. 326-344.
- MÜNCH F., « Les effets d'une nationalisation à l'étranger », *R.C.A.D.I.*, 1959-III, pp. 415-496.
- PARSEGHIAN L.-E., « Defining the Public Act Requirement in the Act of State Doctrine », *U. Chi. L. Rev.*, 1991, pp. 1151-1180.
- PETTINATO J. S., « Executing the Political Question Doctrine », *North. Kentucky L. Rev.*, 2006, pp. 61-82.
- SANGER A., « Decisions of British Courts during 2014 involving questions of public or private international law : public international law », *The British Yearbook of International Law*, 2015, pp. 197-251.
- SANGER A., « UK Government cannot hide from complicity in human rights abuses », *Cambridge L. J.*, 2017, pp. 223-227.

- SIMONSEN N., « Introductory Note to *Belhaj v. Straw & Rahmatullah* (no 1) v. Ministry of Defence (U.K. Sup. Ct.) », *Int'l Leg. Materials*, 2017, pp. 951-1040.
- SINGER M., « The Act of State Doctrine of the United Kingdom: An Analysis, with Comparisons to United States Practice », *Am. J. Int'l L.*, 1981, pp. 283-323.
- SMITH E., « Acts of state in *Belhaj* and *Rahmatullah* », *L. Q. R.*, 2018, pp. 20-26.
- STERN B., « Immunités et doctrine de l'Act of State : Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'Etat devant les juridictions étrangères », *Journ. dr. intern.*, 2006, pp. 63-87.
- THWAITES R., « The changing landscape of Non-Justiciability », *New Zealand Law Review*, 2016, pp. 31-62.
- TYLER M. R., « *IAM v. OPEC*: Acts of States and Passive Virtues », *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1982, pp. 159-171.
- VAN HECKE G., « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *R.C.A.D.I.*, 1969, pp. 399-571.
- VAN HECKE G. et LENAERTS K., « The act of state doctrine: a continental lawyer looks at the House of Lords ruling *Buttes Gas v. Hammer* », *Rev. b. dr. intern.*, 1986, pp. 59-69.
- WEIL P., « Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers », *Ann. fr. dr. intern.*, 1977, pp. 9-52.
- WORTLEY B. A., « The General Principles of Private International Law », *R.C.A.D.I.*, 1958-II, pp. 91-260.

C. Etudes dans un ouvrage collectif

- ANGELET N., « Les juges belges face aux actes des organisations internationales », in *Les juges belges face aux actes adoptés par les Etats étrangers et les organisations internationales : quel contrôle au regard du droit international ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 13-67.
- CAPORAL S., « Le revirement de jurisprudence, lieu de rapprochement entre les systèmes de civil law et de common law », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 265-294.

- WALLACE JR. D., « Introductory Remarks », in *Act of state and extraterritorial reach : problems of law and policy*, Chicago, American Bar Association, 1983, pp. 3-8.

D. Ressources électroniques

- ANTOIS A., « 'Political question doctrine' et 'Act of State' : quand le juge américain s'abstient de juger », *Le Petit Juriste*, 12 février 2017, disponible sur <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-compare/political-question-doctrine-act-of-state-juge-americain-sabstient-de-juger/>.
- X., « Belhaj and Others v. Jack Straw & Others », *Justice*, 24 janvier 2017, disponible sur <https://justice.org.uk/belhaj-others-v-jack-straw-others/>.
- PATRICK A., « Blushes and Torture : Act of State Doctrine and Justiciability », *U.K. Const. L. Blog*, 19 janvier 2017, disponible sur <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/19/angela-patrick-blushes-and-torture-act-of-state-doctrine-and-justiciability/>.
- PATRICK A., « Suing the state: judicial competence, restraint and redress in *Belhadj* », *U.K. Const. L. Blog*, 7 novembre 2014, disponible sur <https://ukconstitutionallaw.org/2014/11/07/angela-patrick-suing-the-state-judicial-competence-restraint-and-redress-in-belhadj/>.
- SIMONSEN N., « The UK Supreme Court's Blockbuster Decision in *Belhaj* », *EJIL:Talk !*, 18 janvier 2017, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/the-uk-supreme-courts-blockbuster-decision-in-belhaj/>.
- VONG D., « Binding precedent and English Judicial Law making », disponible sur <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/21n3/vong.pdf> (8 août 2018), pp. 323-325.

E. Mémoires et Thèses

- GARON M., *La justiciabilité du droit à l'eau, une perspective indienne*, mém. : Pratique européenne du droit, Rouen, 2016.
- HEYVAERT B., *Immunités versus droit au juge, L'Etat entre le marteau et l'enclume*, mém. : Droit international, Université Catholique de Louvain, Année 2014-2015.
- LAFFONT L., *Le dialogue des juges entre les juridictions britanniques et la Cour européenne des droits de l'Homme*, mém. : Droit pénal de l'Union européenne, Université de Strasbourg, Année 2016-2017.

- NIVARD C., *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen* (sous la dir. De F. SUDRE), Thèse, Collection Droit de la convention européenne des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2012.

4. Divers

- Restatement of the Law (Third), The Foreign Relations law of the United States, as adopted and promulgated by the American Law Institute, Vol. 1 and 2, AT Washington, D.C., 14 May 1986.
- Organisation des Nations-Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), *Les Directives sur le droit à l'alimentation - Documents d'information et études de cas*, Rome, FAO, 2006.

5. Sites Internet officiels

- Site des Nations-Unies – Collections des Traités : <https://treaties.un.org>.
- Site Europa : https://e-justice.europa.eu/content_fundamental_rights-176-fr.do.



Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt