

SUR UN ASPECT DE LA SANCTION EN DROIT INTERNATIONAL : LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS

Julie Ferrero and Tiphaine Demaria

Special Issue, March 2016

Théories et réalités du droit international au XXIème siècle

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067702ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067702ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ferrero, J. & Demaria, T. (2016). SUR UN ASPECT DE LA SANCTION EN DROIT INTERNATIONAL : LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 97-133.
<https://doi.org/10.7202/1067702ar>

Article abstract

This article questions the existence of punitive damages in international responsibility law. It examines both the definition and the origins of this notion, which implies the allowance of a sum of money to dissuade and punish an internationally wrongful act committed by a State. The international law commission and doctrine's arguments about this concept will be closely examined. Then, in accordance with this colloquium's objective, the practice of international tribunals, from arbitral awards to their alleged resurgence in recent case law will be studied. Indeed, in spite of an initial reject, regional human rights courts activism has brought back the idea of a criminalization of international state responsibility. It will therefore be necessary to investigate the reappearance of the concept in international human rights law in light of its theoretical aspects.

SUR UN ASPECT DE LA SANCTION EN DROIT INTERNATIONAL : LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS

Julie Ferrero et Tiphaine Demaria***

Cet article s'interroge sur l'existence, en droit international positif, de l'institution des dommages et intérêts punitifs en droit de la responsabilité internationale. Il examine la définition et l'origine de la possibilité d'octroyer une somme d'argent pour dissuader et punir comme conséquence de la commission d'un fait internationalement illicite. Leur traitement à la Commission du droit international et surtout par la doctrine internationaliste, ainsi que les différents arguments utilisés dans l'appréhension de ce concept, feront l'objet d'une attention particulière. Conformément à l'objet de cette journée d'étude, est ensuite analysée la pratique des tribunaux internationaux, des arbitrages « classiques », sporadiques et ambivalents sur l'institution, jusqu'à la question de leur résurgence dans la jurisprudence récente. En effet, malgré un rejet initial, avec l'activisme reconnu des juridictions régionales de protection des droits de l'Homme en matière de réparation et d'exécution, l'idée d'une « pénalisation » de la responsabilité étatique en ce domaine germe dans la doctrine depuis plusieurs années. Il s'agira dès lors, à la lumière des éléments théoriques et pratiques étudiés, d'examiner la réapparition de ce concept en droit international des droits de l'Homme et les arguments avancés en ce sens.

This article questions the existence of punitive damages in international responsibility law. It examines both the definition and the origins of this notion, which implies the allowance of a sum of money to dissuade and punish an internationally wrongful act committed by a State. The international law commission and doctrine's arguments about this concept will be closely examined. Then, in accordance with this colloquium's objective, the practice of international tribunals, from arbitral awards to their alleged resurgence in recent case law will be studied. Indeed, in spite of an initial reject, regional human rights courts activism has brought back the idea of a criminalization of international state responsibility. It will therefore be necessary to investigate the reappearance of the concept in international human rights law in light of its theoretical aspects.

Este artículo se interroga la existencia, en derecho internacional positivo, de la institución de los daños y perjuicios punitivos en derecho de la responsabilidad internacional. Examina la definición y el origen de la posibilidad de otorgar una cantidad de dinero para disuadir y castigar como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Su tratamiento en la Comisión del derecho internacional y sobre todo por la doctrina internacionalista, así como los diferentes argumentos utilizados en la aprehensión de este concepto, serán objeto de una atención particular. Conforme al objeto de esta jornada de estudio, luego es analizada la práctica de los tribunales internacionales, los arbitrajes "clásicos", esporádicos y ambivalentes sobre la institución, hasta la cuestión de su resurgencia en la jurisprudencia reciente. En efecto, a pesar de una desestimación inicial, con el activismo reconocido de las jurisdicciones regionales de protección de los derechos humanos en materia de reparación y en materia de ejecución, la idea de una "penalidad" de la responsabilidad estatal en este dominio germina en la doctrina desde hace varios años. Se tratará desde entonces, a la luz de los elementos estudiados teóricos y prácticos, de examinar la reaparición de este concepto en derecho internacional de los derechos humanos y los argumentos avanzados en este sentido.

* Attachée temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) et doctorante, Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC), Université Aix-Marseille.

** Docteur en droit public, Université Aix-Marseille.

I. Introduction

L'octroi de dommages et intérêts punitifs est l'allocation d'une somme d'argent, distincte d'une éventuelle réparation *stricto sensu*¹, à la victime d'un fait internationalement illicite dans l'objectif de punir l'État (ou l'organisation internationale) responsable, ainsi que de prévenir d'éventuelles violations futures du droit international. Originaire des systèmes de *common law*, l'intégration de cette institution au droit de la responsabilité internationale a suivi un « parcours assez curieux »², et interroge depuis de (très) longues années ; obtenant des réponses doctrinales comme jurisprudentielles, tantôt fermement positives, souvent résolument négatives, parfois et même le plus souvent, passablement nuancées. Plus encore, cette problématique témoigne de l'ambivalence des relations entre doctrine et réalités du droit international : interprétations diverses de précédents ambigus, mêlant aspects théoriques et techniques de la matière ; militantisme juridique et volonté de développement progressif, là où la notion semble ressurgir dans la pratique contemporaine.

A. Dommages et intérêts punitifs et droit de la responsabilité internationale

La question des dommages punitifs s'est logiquement posée dans la problématique plus générale de la pénalisation (ou criminalisation) de la responsabilité internationale. Le débat doctrinal à ce sujet est classique, en réalité bien antérieur aux travaux de la Commission du droit international (CDI)³ et se trouve dans les écrits des publicistes dès l'Entre-deux-guerres, faisant de la doctrine des dommages et intérêts punitifs un critère primordial, mais non exclusif de la querelle⁴.

¹ James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 à la p 523 [Crawford, *State Responsibility*].

² Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Paris, Presses universitaires de France, 2005 à la p 401 [Villalpando].

³ Voir Roberto Ago, « Cinquième rapport sur la responsabilité des États » (1976) 2:1 *Annuaire de la Commission du droit international* à la p 47 et s. [Ago].

⁴ Voir par exemple FV Garcia Amador, « State responsibility: some new problems » (1958) 94 *Rec des Cours – Académie de droit international de La Haye* à la p 409; Louis Cavaré, *Le droit international public positif*, 3^e éd., Paris, Pedone, 1969 à la p 582; Jean Pierre Adrien François, « Règles générales du droit de la paix » (1938) 66 *Rec des Cours – Académie de droit international de La Haye* à la p 383; Jean Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, thèse, Paris, Sirey, 1939 à la p 302. Christine Gray considère les dommages punitifs « *part of the wider debate over the possibility or desirability of international criminal responsibility* » dans Christine D Gray, *Judicial remedies in international law*, Oxford, Oxford University Press, 1982 à la p 26 [Christine D Gray]; Notons toutefois l'affirmation suivante de Constantin Eustathiades : « en premier lieu la question s'est posée de savoir si la jurisprudence internationale fait intervenir dans la réparation de la réparation un élément pénal. C'est notamment le problème des dommages-intérêts dits punitifs (*penal, exemplary, vindictive damages*). Notons tout d'abord que cette question, même si elle était résolue par l'affirmative, ne devrait point être confondue, comme il advient quelquefois chez certains auteurs, avec le problème plus général de la responsabilité internationale pénale de l'État, c'est-à-dire de l'aptitude pour l'État à subir une peine sur le plan international d'une façon autonome, indépendante de la fixation de la réparation », in Constantin Eustathiades, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances » (1953) 84 *Rec des Cours – Académie de droit international de La Haye* à la p 434.

S'il n'existe pas d'identité de débats entre ces deux questions⁵, leurs interrelations n'en sont pas moins importantes. Bien sûr, la criminalisation du mécanisme de responsabilité à la CDI allait accentuer la discussion. Celle-ci repose en particulier sur la distinction entre différentes catégories d'actes illicites, sur la base d'un critère de gravité, affectées d'un langage pénaliste peu compatible avec la structure d'une société internationale aux souverainetés irritables⁶. « Crimes » et « délits », dont la différenciation était relativement décevante du point de vue de son contenu, furent finalement abandonnés par la CDI. Il est pourtant clair que les dommages-intérêts punitifs étaient la conséquence envisagée la plus « spectaculaire »⁷ d'une responsabilité aggravée. Toutefois, techniquement et étonnamment, ils ne sont jamais rattachés à l'article 19 du projet adopté en première lecture⁸. Ainsi, dans les propositions sur la réparation de G. Arangio-Ruiz, figureraient-ils comme forme de satisfaction, sous le nom de « dommages et intérêts symboliques ou punitifs »⁹, sans qu'ils soient limités aux « crimes internationaux »¹⁰. Bien sûr, il n'a jamais été question d'invoquer l'application de dommages et intérêts punitifs pour des violations « banales » du droit international¹¹. Ils impliquent un comportement blâmable de l'État, un degré de « gravité » dans l'acte, le caractère de la violation (violation grave)¹², le degré de culpabilité de l'État, la nature de la norme violée et la valeur qu'elle vise à protéger¹³ ou encore la faute. Cependant, selon R. Ago lui-même, évoquant les *punitive damages* : « on rattache cette conséquence à des aspects concrets du cas d'espèce, et non pas au fait que l'État ait violé des obligations d'un contenu donné plutôt que d'un autre »¹⁴.

⁵ Voir par exemple la position de Roberto Ago ne trouvant pas, de son propre aveu, dans les « *punitive damages* » d'appui à sa théorie des infractions différenciées, car ceux-ci sont accordés en fonction des circonstances et non par référence au contenu de l'obligation primaire : Roberto Ago *supra* note 3 à la p 45 au para 127.

⁶ L'expression est de Pierre D'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public, la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p 720 [D'Argent].

⁷ Christian J Tams, « Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State? » (2002) 13:5 EJIL à la p 1166.

⁸ James Crawford, « Premier rapport sur la responsabilité des États » (1998) 2:1 Annuaire de la Commission du droit international à la p 12 au para 51.

⁹ Gaetano Arangio-Ruiz, « Projet d'article 10 » (1989) 2:1 Annuaire de la Commission du droit international à la p 60.

¹⁰ Pourtant en faveur de ce rattachement des dommages punitifs aux crimes : C Economides (2001) 1 Annuaire de la Commission du droit international à la p 225; A Pellet, *ibid* à la p 220 au para 29; V Rodríguez-Cedeño, *ibid* à la p 226 au para 4; G Gaja y est également favorable, *ibid* à la p 329 au para 53, mais s'interroge sur la mise en œuvre de ces sanctions; voir aussi B Simma, *ibid* à la p 327.

¹¹ Ainsi, selon le *Commentaire* l'article 10 adopté provisoirement en 1993 vise « la violence, l'oppression, la malveillance, le dol ou le comportement malintentionné de la partie auteur du fait illicite », *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-cinquième année* (1993) 2:2 Annuaire de la Commission du droit international à la p 83 au para 12.

¹² Gaetano Arangio-Ruiz, « Deuxième rapport sur la responsabilité des États » (1989) 2:1 Annuaire de la Commission du droit international à la p 35 au para 109 [Arangio-Ruiz]. Par exemple, James Crawford évoque les « violations criantes », (2000) 1 Annuaire de la Commission du droit international, à la p 195 au para 5.

¹³ Stephan Wittich, « Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility » (1998) 3 *Aus Rev Int'l & Eur L* aux pp 144 et s. [Wittich, « Awe of the Gods »].

¹⁴ Ago, *supra* note 3 à la p 45.

Cette mention disparut *eo nomine* dans le projet de 1996, laissant subsister l'affirmation suivante : « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte »¹⁵. Aucune trace de cette idée n'apparaît dans les articles de 2001, de près ou de loin. Et même, selon le commentaire final : « la satisfaction n'est pas censée avoir un caractère punitif, et n'inclut donc pas de dommages-intérêts punitifs »¹⁶. L'indemnisation, bien sûr, n'a pas plus ce caractère¹⁷. De surcroît, « l'allocation de dommages-intérêts punitifs n'est pas reconnue en droit international, même en cas de violations graves d'obligations découlant de normes impératives »¹⁸. Mais le débat fut vif et les États et membres de l'institution n'y furent peut-être pas si ardemment et unanimement opposés que l'on peut le lire souvent¹⁹.

B. La définition des dommages et intérêts punitifs

Le droit international de la réparation (des *remedies*, ou remèdes) est un domaine dans lequel règne une certaine confusion terminologique, qui n'est pas sans conséquences ou préconceptions substantielles²⁰. De plus, et cela est lié, de nombreux auteurs constatent l'absence de règles détaillées, parfois même l'absence de règle « tout court » à la réparation, et s'alarment du « *underdeveloped state of the international law of remedies* »²¹, qu'ils expliquent par le phénomène de décentralisation du système international²² ou l'isolement des tribunaux²³. Cette idée, en partie exacte, a une influence certaine sur la perception de la notion de dommages punitifs et de leur distinction d'autres conséquences de la responsabilité, dans la doctrine des publicistes comme les décisions des juridictions internationales.

Les dommages-intérêts punitifs tirent leur origine des systèmes de *Common Law* (*punitive, exemplary, vindictive damages*). Ils n'y sont aujourd'hui plus

¹⁵ *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session* (1996) 2:2 Annuaire de la Commission du droit international à la p 77 au para 8.

¹⁶ *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session* (2001) 2:2 Annuaire de la Commission du droit international à la p 115 au para 8 [Annuaire].

¹⁷ Voir par exemple *Commission Érythrée c Éthiopie* (2009), RSA, vol XXXVI à la p 510.

¹⁸ Annuaire, *supra* note 16 à la p 119 au para 5.

¹⁹ Les dispositions relatives aux dommages punitifs (ou aggravés) ont rencontré l'opposition ferme de l'Allemagne, des États-Unis, de l'Espagne, de la France et du Japon; l'Autriche semble plus nuancée, comme le Royaume-Uni (uniquement si les dommages sont « aggravés »); la République Tchèque y est favorable en matière de crimes internationaux, comme les Pays-Bas et le Danemark au nom des Pays nordiques. Voir les Rapports du rapporteur spécial James Crawford sur la responsabilité de l'État, Doc off NU, 50^e sess, Doc NU A/CN.4/488 et 51^e sess Doc NU A/CN.4/492 et 53^e sess Doc NU A/CN.4/515 [Rapports sur la responsabilité de l'État].

²⁰ Voir notamment S Haasdijk, « The lack of uniformity in the terminology of the international law of remedies » (1992) 5 *Leiden J Int'l L* aux pp 245-63.

²¹ Stephen Wittich, « Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law » (2004) 15 *Finnish Yearbook of International Law* à la p 321 [Wittich, « Non-Material Damage »].

²² *Ibid.*

²³ Christine D Gray, *supra* note 4 à la p 10.

strictement limités et sont appliqués dans de nombreux États à travers le monde²⁴. Leur fonction est considérée comme double : *punir* le responsable, *dissuader* des actes similaires (*deterrence*). Cette pratique est extrêmement ancienne dans les droits britanniques et américains, mais ce serait une erreur de croire qu'ils ne sont pas contestés en leurs royaumes ou que cette doctrine est appliquée de manière uniforme dans les pays de cette famille²⁵. En droit international, la notion de dommages punitifs repose sur le même principe, en tant que sommes accordées « afin de sanctionner l'État auteur du fait internationalement illicite qui se trouve à l'origine du dommage et de le dissuader de reproduire semblable comportement »²⁶. Il s'agit donc d'une surcharge pénale, additionnée à une procédure initialement compensatoire.

Cette question est longtemps restée inextricablement liée à la question de la satisfaction, car les dommages punitifs sont d'ordinaire considérés comme une forme de ce mode de réparation²⁷, en particulier lors de l'étude de la Commission du droit international. Les demandes de dommages et intérêts punitifs dans les affaires interétatiques ont le plus souvent été effectuées sous ce chef²⁸. Cela n'est bien sûr pas nécessaire dès lors qu'une demande est présentée à titre individuel. L'étude en est parfois distincte, soit qu'ils sont séparés de la réparation, et cela nous semble justifié ; soit qu'ils soient liés à la compensation²⁹. La question s'est par exemple posée en relation avec les intérêts (en particulier les intérêts composés³⁰), ou encore avec la notion de causalité³¹. Il ne nous paraît pas justifié de limiter, comme la CDI, l'étude des dommages-intérêts punitifs à la satisfaction, ni même au préjudice immatériel causé à l'État.

Il est particulièrement ardu de distinguer ces dommages punitifs d'autres procédés connus de la responsabilité internationale³². Notamment, le *distinguo* est

²⁴ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Right Law*, 2^e éd Oxford, Oxford University Press, 2005 à la p 41.

²⁵ Voir par ex Helmut Koziol, « Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions » dans Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, dir, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienne, Springer, 2009 à la p 276.

²⁶ Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p 363.

²⁷ Arangio-Ruiz, *supra* note 12 à la p 33.

²⁸ Dinah Shelton, « Righting wrongs: reparations in the Articles on State Responsibility » (2002) 96 AJIL à la p 844.

²⁹ Crawford, *State Responsibility*, *supra* note 1 à la p 523.

³⁰ *EDF International SA, SAUR International SA et Leon Participaciones Argentinas SA c République Argentine* (2012), Déc n° ARB/03/23, 11 juin 2012, au para 1340 (International Center for Settlement of Investment Disputes).

³¹ Par exemple, le Tribunal constitué dans l'affaire *SD Myers Inc c Gouvernement du Canada* considère que l'application de la jurisprudence *Dix (États-Unis c Venezuela)*, 1903, IX RIAA 119, consistant à réparer des dommages nonobstant leur éloignement causal en raison d'une intention de nuire, serait punitive : *SD Myers Inc c Gouvernement du Canada*, 2^e sentence partielle, 21 octobre 2002, au para 149.

³² Les dommages punitifs sont bien sûr à distinguer des dommages nominaux. Ceux-ci furent peu usités en droit des gens, outre de rares exemples, d'ailleurs relativement datés. Ces sommes (dérisoires) d'argent accordées au titre de satisfaction n'ont pas de fonction compensatrice (de la même manière que les dommages et intérêts punitifs), ni punitive, mais symbolique, à l'image d'une déclaration d'illicéité, procédé qui a « remplacé » cette forme de satisfaction. Voir Christine D Gray, *supra* note 4 à la p 29 (admettant toutefois qu'ils pouvaient avoir une fonction punitive); et James Crawford,

malaisé lorsqu'une somme d'argent (substantielle) est accordée au titre de satisfaction visant à compenser le dommage immatériel (moral, politique) subi par l'État, et donc distincte de l'indemnisation (article 36), qui vise la *réparation* (et non la sanction) du préjudice moral³³ et matériel subi par les particuliers, ainsi que le dommage matériel dont l'État a souffert. Les satisfactions pécuniaires sont souvent considérées comme étant acceptables en droit international³⁴, en particulier suite à la décision non-équivoque du tribunal constitué dans l'affaire du *Rainbow Warrior (II)*³⁵. Mais elles ne sont pas des dommages-intérêts punitifs, le critère de distinction au maniement malaisé étant précisément l'*intention* punitive ou afflictive. Par exemple, Ch. Dominicé affirme que « la fonction d'une telle allocation pécuniaire relève bien de l'ordre de la réparation [...] il ne s'agit pas d'une punition »³⁶. Au contraire, le « raccourci » entre satisfaction pécuniaire et dommages-intérêts punitifs fut souvent effectué, en jurisprudence³⁷ comme en doctrine³⁸. Certains affirment que cette difficulté est en réalité un faux problème : il ne s'agirait alors que d'une question de quantification³⁹.

Les dommages-intérêts punitifs sont considérés comme synonymes des dommages exemplaires, « *vindictive* » ou des « *penal damages* » en droit international⁴⁰. Ils sont parfois distingués des dommages *aggravés*, ceux-ci tenant compte de la gravité du fait générateur, mais restant compensatoires⁴¹. La nuance est en réalité relativement subtile, dans la mesure où les circonstances de l'octroi de l'une ou l'autre des indemnités sont comparables, sinon identiques. À titre d'exemple de cette incertitude, le texte de 1996 fût considéré par les uns comme consacrant les

« Troisième rapport sur la responsabilité des États » (2000) 2:1 Annuaire de la Commission du droit international à la p 59 au para 188 [Crawford, « Troisième rapport »].

³³ Parfois sous la dénomination de « satisfaction ». Voir les exemples dans FV Garcia-Amador, « Sixième rapport sur la responsabilité des États » (1961) 2 Annuaire de la Commission du droit international aux pp 24 et s.

³⁴ Crawford, « Troisième rapport », *supra* note 32 à la p 60 au para 189; Clarisse Barthe-Gay, « Réflexions sur la satisfaction en droit international » (2003) 49 AFDI aux pp 115 et s.

³⁵ *Nouvelle-Zélande c France*, sentence arbitrale du 30 avril 1990, RSA, vol XX à la p 272 au para 118.

³⁶ Christian Dominicé, « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État » dans *Le droit international dans un monde en mutation : en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994 à la p 519.

³⁷ Voir par ex l'*affaire Stevenson, Grande-Bretagne c Venezuela* (1903), RSA vol. IX, à la p 506.

³⁸ C'est ce qui semble ressortir de l'analyse de Pierre André Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Annemasse, Grandchamp, 1953 à la p 154 [Bissonnette].

³⁹ Voir Alexander Orakhelashvili, « Peremptory norms and reparation for internationally wrongful acts » (2003) 3 Baltic Yearbook of International Law à la p 50 citant S Rosenne, « War Crimes and State Responsibility » (1994) 24 Israel Yearbook of Human Rights à la p 98 et Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998 aux pp 464-65.

⁴⁰ Nina Jorgensen, « A reappraisal of punitive damages in international law » (1997) 68 Brit YB Int'l L à la p 247 [Jorgensen]; La distinction, parfois effectuée en droit interne entre dommages punitifs et exemplaires, est soulignée par Dinah Shelton, *Remedies in International Human Right Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2005 aux pp 41-43 [Shelton]; En droit international, la distinction a été soulignée dans les débats à la CDI, (2000) 1 Annuaire de la Commission du droit international à la p 195.

⁴¹ Crawford, *State Responsibility*, *supra* note 1 à la p 524; Shelton, *supra* note 40 à la p 39; et Jorgensen, *supra* note 40 à la p 247.

dommages aggravés, par d'autres comme des dommages pénéaux⁴². Il existe peu de soutien à l'existence des dommages aggravés en droit international⁴³, même s'il fut un temps question de les intégrer aux articles de la CDI.

Le premier critère d'identification des dommages punitifs est donc l'allocation d'une somme d'argent allant au-delà du préjudice (matériel ou moral) actuellement souffert. Ce critère est évoqué par de nombreux auteurs, comme M. Whiteman⁴⁴, C. Gray⁴⁵, P.-A. Bissonnette⁴⁶ ou G. Arangio-Ruiz⁴⁷. Cependant, peut-il être considéré comme suffisant ? S'il l'était, dommages et intérêts punitifs seraient synonymes des dommages aggravés, et même nominaux, tout comme des satisfactions pécuniaires ou autres réparations du préjudice moral non clairement motivées. Il est donc nécessaire d'être en présence d'une somme *substantielle*. Ensuite, compte tenu de ce qui précède et de l'objet de cette institution, cette somme doit être accordée dans un *but* punitif⁴⁸ ; nul n'est besoin d'insister sur le caractère aléatoire (et parfois vain), mais nécessaire d'une telle recherche.

La notion de dommages punitifs sera étudiée dans un premier temps du point de vue de la doctrine (II). Elle sera ensuite confrontée à la pratique du droit des gens, et en particulier, des décisions récentes de juridictions internationales (III).

II. Les dommages et intérêts punitifs dans le débat doctrinal

La question des *punitive damages* interroge depuis les origines du droit de la responsabilité internationale. De nombreux auteurs, tels D. Anzilotti⁴⁹, C. Eagleton, H. Lauterpacht⁵⁰, G. Arangio-Ruiz ou encore D. Shelton⁵¹ ont soutenu ou plaidé pour leur existence en droit international. D'autres s'y sont fermement opposés, tels B. Cheng⁵² ou B. Graefrath⁵³. Il apparaît que cette notion est extrêmement discutée, bien que la tendance récente, à l'occasion des travaux de la CDI, et l'absence de précédents contemporains, semble tendre vers le rejet de ce remède. Cela n'empêche

⁴² Wittich, « Awe of the Gods », *supra* note 21 aux pp 365-66.

⁴³ Stephen Wittich, « Compensation » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008 au para 43.

⁴⁴ Marjorie M Whiteman, *Damages in international law*, Washington, Government Print Office, 1937, vol 1 à la p 724 [Whiteman].

⁴⁵ Gray, *supra* note 4 à la p 26.

⁴⁶ Bissonnette, *supra* note 38.

⁴⁷ Arangio-Ruiz, *supra* note 12 aux pp 1-63.

⁴⁸ Wittich, « Awe of the Gods », *supra* note 13 à la p 365: « [t]he only way to distinguish between compensatory and punitive damages would then be the purpose of these awards which however will not be easy to determine in most cases ».

⁴⁹ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, traduit par G Gidel, Paris, Sirey, 1929 à la p 524.

⁵⁰ Notamment dans son édition du *Oppenheim's International Law*, voir Jorgensen, *supra* note 40 à la p 261.

⁵¹ Dinah Shelton, *supra* note 40 aux pp 366-67.

⁵² Bin Cheng, *General Principles of Law As Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 aux pp 235 et s. [Bin Cheng].

⁵³ B Graefrath, « Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages » (1984) 185 Rec des Cours – Académie de droit international de La Haye à la p 101.

pas la doctrine de s'interroger sur la question dans de récentes études⁵⁴. Le débat doctrinal se structure autour de deux types d'arguments : une question de pratique et une question de principe⁵⁵. Le premier est lié au droit positif : la possibilité d'octroyer des dommages punitifs est exclue ou permise par le droit international (A). Le second, qui est connexe, est plus fondamental : de tels remèdes seraient en opposition avec les principes les plus cardinaux du droit international (B).

A. Les arguments tirés de la pratique

Certains publicistes ont donc conclu à l'existence des dommages et intérêts punitifs en droit positif, sur la base du droit coutumier (il nous semble difficile de découvrir ici un principe général, compte tenu de la diversité des législations internes à ce sujet). Ces auteurs, à qui l'on a pu reprocher un certain arbitraire dans le choix de leurs soutiens jurisprudentiels, soit une forme d'instrumentalisation, se réfèrent à des décisions arbitrales consacrant cette institution de manière assez ambivalente⁵⁶, qui sont souvent sujettes à interprétation. Des études récentes en viennent à contester l'existence d'un seul précédent pertinent en la matière⁵⁷.

Le premier de ces auteurs est D. Anzilotti, qui dans son *Cours de droit international*, affirme que

rien n'empêche, et il y a de cela des exemples très variés, que la satisfaction consiste dans le paiement d'une somme d'argent qui ne tend pas à réparer un dommage matériel effectivement souffert, mais qui représente un sacrifice symbolisant l'expiation de l'acte illicite commis⁵⁸.

D'autres éminents juristes peuvent être cités dans ce courant, comme C. Eagleton⁵⁹ ou H.W. Briggs⁶⁰. F. V. Garcia-Amador affirme que « *practice seems to offer sufficient concrete evidence of the existence of a form of reparation that is intended to be, and hence is in fact, punitive* »⁶¹. Plus récemment, G. Arangio-Ruiz⁶² se positionne très clairement en faveur des dommages punitifs. Sa définition en est toutefois plus large que celle adoptée dans le présent article. Admettent également

⁵⁴ Voir notamment les articles de Nina Jorgensen et Stephen Wittich ou Santiago Villalpando cités en introduction.

⁵⁵ Gray, *supra* note 4 à la p 26.

⁵⁶ Voir la seconde partie de cet article.

⁵⁷ Selon Stephen Wittich, tout simplement aucun : Wittich, « Awe of the Gods », *supra* note 13 à la p 671.

⁵⁸ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, traduction française de G Gidel, d'après la 3^e édition italienne, Paris, Sirey, 1929 à la p 524.

⁵⁹ C Eagleton, « Measure of damage in international law » (1929) 39:1 Yale LJ aux pp 61 et s. [Eagleton].

⁶⁰ H Briggs, « The Punitive Nature of Damages in International Law and State Responsibility for Failure to Apprehend, Prosecute or Punish » dans James Hart et John Mabry Mathews, *Essays in Political Science in Honor of W W Willoughby*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1937 aux pp 339-53.

⁶¹ « *[p]ractice seems to offer sufficient concrete evidence of the existence of a form of reparation that is intended to be, and hence is in fact, punitive* »: FV Garcia-Amador « State responsibility: some new problems » (1958) 94 RCADI à la p 479.

⁶² Cela ressort, notamment de ses travaux à la CDI : Arangio-Ruiz, *supra* note 12 à la p 45.

leur existence en droit positif H. Lauterpacht⁶³, J. Basdevant⁶⁴, L. Reitzer⁶⁵ et G. Salvioi⁶⁶. P.-A. Bissonnette affirme que « la doctrine comme la pratique reconnaît [son] existence »⁶⁷, tout en reconnaissant qu'ils ne sont jamais accordés *eo nomine*. L'argument de la pratique est encore utilisé récemment par G. Blum⁶⁸. Dans un article récent, celle-ci affirme que « [f]or centuries, punitive damages were a common type of reparation for internationally wrongful acts »⁶⁹. Elle fonde principalement l'*opinio juris* sur les réparations punitives accordées à la suite de conflits⁷⁰.

À l'inverse, un groupe d'auteurs en général plus récent, conteste *ex lege* la consécration des dommages punitifs. Ici, les précédents sont soit interprétés de manière erronée, soit sont désuets et manquent d'uniformité⁷¹ pour caractériser l'existence d'une règle en ce sens. K. Zemanek affirme que seules trois affaires supportent le développement progressif, dont deux « *obscure Italian cases of 1891 and 1908* »⁷², et la décision du Secrétaire général dans l'affaire *Rainbow Warrior I*, dont « *it is hardly credible that this single instance of a, moreover, very special nature should have transformed customary international law* »⁷³. C. Tomuschat est également assez ferme : « [n]ever has international practice allowed for the granting of compensation that would significantly, as a measure of punishment, exceed the damage caused »⁷⁴. Pour B. Graefrath : « cette idée ne trouve aucun fondement dans la pratique internationale »⁷⁵. Pierre-Marie Dupuy affirme que « l'*opinio juris* selon laquelle la pratique des indemnisations punitives ferait partie du droit coutumier est loin d'être constituée »⁷⁶. E. Riedel souligne ainsi que : « *this category of damages, if ever recognized, today no longer musters support in international law* »⁷⁷. En droit

⁶³ Hersch Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix » (1937) 62 Rec des Cours – Académie de droit international de La Haye à la p 354.

⁶⁴ Même si sa position est assez nuancée, voir Jules Basdevant, (1927) 4 Revue de Droit Maritime Comparé à la p 127.

⁶⁵ Ladislav Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Sirey, 1938 à la p 210.

⁶⁶ Gabriele Salvioi, « La responsabilité des États et la fixation des dommages-intérêts par les tribunaux internationaux » (1929-III) 28 Rec des Cours – Académie de droit international de La Haye à la p 236.

⁶⁷ Bissonnette, *supra* note 38 à la p 147.

⁶⁸ Gabriella Blum, « The crime and punishment of State » (2013) 38 Yale J Int'l L aux pp 87 et s.

⁶⁹ *Ibid* à la p 87.

⁷⁰ Sur cette question voir D'Argent, *supra* note 6 à la p 720.

⁷¹ Par exemple, Pierre Marie Dupuy. C'est la première fois qu'ils le citent ; « Bilan général », dans Pierre Marie Dupuy, dir, *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003 à la p 220.

⁷² Karl Zemanek, « The legal foundations of the international system: general course on public international law » (1997) 266 Rec des Cours – Académie de droit international de La Haye à la p 271. Voir aussi du même auteur *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987 à la p 68.

⁷³ *Ibid* à la p 271.

⁷⁴ Christian Tomuschat, « General Course on Public International Law » (1999) 281 RCADI à la p 300.

⁷⁵ Bernhard Graefrath (1990) 1 ACDI à la p 151.

⁷⁶ Pierre Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public » (2000) 297 RCADI à la p 371 ; Voir aussi André De Hoogh, *Obligations erga omnes and international crimes*, La Haye, Kluwer, 1996 à la p 166 [De Hoogh].

⁷⁷ Elbe Riedel, « Damages », in Rudolf Bernhardt, *Encyclopedia of Public international law*, vol 10, North-Holland, Amsterdam, 1987 à la p 70.

des investissements, S. Ripinski et K. Williams disent la même chose⁷⁸. D'autres auteurs d'études récentes mettent en doute le caractère positif d'une telle forme de satisfaction⁷⁹.

L'une des questions centrales est l'ambiguïté du rejet des dommages punitifs dans la jurisprudence⁸⁰, dont l'argumentation repose non pas sur un rejet de principe, mais sur l'appréciation de la justiciabilité de la demande, de la compétence du tribunal concerné, et parfois des circonstances de l'espèce. La doctrine l'utilise parfois à l'appui de l'inexistence des dommages punitifs en droit positif, à l'image de G. Swarzenberger⁸¹ ou B. Cheng⁸². *A contrario*, ces précédents apparaissent parfois comme étant des arguments en faveur des dommages-intérêts punitifs sous la plume d'autres, tel C. Eagleton affirmant que

[w] hile it is true that few arbitral tribunals have avowedly awarded punitive damages, it is to be observed that [...] none of them go so far as to deny the right, under international law, to award such damages. Where they have explicitly rejected damages of this type it has been for reasons other than their illegality, as, for example, that the commission was limited by the treaty under which it operated⁸³.

Certains auteurs, eut égard à une pratique fragmentée, expriment leur scepticisme. C'est le cas notamment de C. Gray. Celle-ci affirme que «*it is a controversial question whether punitive damages are permissible under international law*»⁸⁴.

B. Les arguments tirés des principes du droit international

Cette idée, que l'on retrouve au sujet du caractère pénal de la responsabilité plus généralement, peut se résumer ainsi : l'égalité souveraine s'oppose à la punition d'un État (1) et, en tout état de cause, nécessiterait une société (plus) hiérarchisée (2).

1. UNE INSTITUTION CONTRAIRE AU PRINCIPE D'ÉGALITÉ SOUVERAINE

Cet argument repose en grande partie sur l'opinion de E. Parker dans l'affaire du *Lusitania*, affirmant que l'institution est «*repugnant to the fundamental principles of international law*»⁸⁵. G. Arangio-Ruiz la formule parfaitement : «[on

⁷⁸ Sergey Ripinsky et Kevin Williams, *Damages in international investment law*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008 à la p 117.

⁷⁹ Wittich, «*Awe of the Gods*», *supra* note 13 à la p 674; Villalpando affirme que les travaux de la CDI ont eu un effet «*décristallisant*» (voire «*évaporateur*») de la règle coutumière : voir Villalpando, *supra* note 2 à la p 403.

⁸⁰ Voir la seconde partie de cet article.

⁸¹ Georg Swarzenberger, *International Law*, vol 1, 3^e éd, Londres, Stevens & sons, 1957 à la p 673.

⁸² Cheng, *supra* note 52 à la p 235.

⁸³ Eagleton, *supra* note 59 aux pp 61-62. Voir sur ce point les remarques de Gray, *supra* note 4 à la p 27.

⁸⁴ Gray, *supra* note 4 à la p 26.

⁸⁵ *États-Unis c Allemagne* (1923), RSA VII à la p 43.

pourrait soutenir] qu'il n'est pas convenable d'infliger une sanction à des personnes autres que physiques, et surtout pas à la majesté des États souverains »⁸⁶. Il est peu dire qu'elle constitue un argument essentiel de la doctrine opposée aux dommages-intérêts punitifs. Il est utilisé en particulier par L. Oppenheim:

*[t]he nature of the Law of Nations as a law between, not above, sovereign States, excludes the possibility of punishing a State for an international delinquency and of considering the latter in the light of a crime [...]. The only legal consequences of an international delinquency that are possible under existing circumstances are such as create reparation of the moral and material harm done*⁸⁷.

B. Graefrath affirme que l'imposition d'une punition est « incompatible avec le principe de l'égalité souveraine »⁸⁸ [notre traduction] et même qu'une telle conception de la réparation « *would lead to the abuse of international responsibility as an instrument for the humiliation of weaker States as it was shown by the imperialist past* »⁸⁹. L'idée de l'égalité entre les nations est également soulevée par E. Kaufmann : « l'application de la justice vindicative aux États serait contraire à l'idée du droit international »⁹⁰.

Ces arguments trouvent réponse, bien sûr, dans les écrits de promoteurs d'une responsabilité « pénale » de l'État. Le dogmatique est souvent contré sur le même terrain (tel H. Lauterpacht) :

il apparaît ainsi que rien ne justifie l'affirmation que le droit international n'admet pas la punition – par opposition à la réparation – des États souverains [...]. Ce n'est que par référence à l'autorité quasi divine et mystique d'un État métaphysique au-dessus de la loi aussi bien que de la morale qu'une telle prétention d'immunité peut être soutenue. Elle ne peut trouver place dans aucun système de droit⁹¹.

D'autres répondent que le principe n'est pas opposé à l'égalité souveraine, car les satisfactions sont par principe *auto-infligées* (notamment G. Arangio Ruiz⁹² et G. Morelli⁹³).

2. LA STRUCTURE HORIZONTALE DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE

Un argument qui sous-tend celui de la souveraineté est celui de la *structure horizontale* de la société internationale. À la Commission du droit international,

⁸⁶ Arangio-Ruiz, *supra* note 12 à la p 45 au para 141.

⁸⁷ Cité par Nina Jorgensen, « A reappraisal of punitive damages in international law » (1997) 68 BYIL à la p 261.

⁸⁸ Bernhard Graefrath, « Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages » (1984) 185 RCADI à la p 101.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Erich Kaufmann « Règles générales du droit de la paix » (1935) 54 RCADI à la p 471.

⁹¹ *Ibid.*, à la p 356-57.

⁹² Arangio-Ruiz, *supra*, note 12 à la p 45 au para 144.

⁹³ Cité par Arangio-Ruiz, *ibid.*

M. Hafner a affirmé que : « les dommages-intérêts punitifs n'existent que dans un système de subordination alors que le droit international est régi par le principe de l'égalité⁹⁴ ». Selon Gilles Cottureau, les dommages-intérêts n'ont pas de fonction pénale pour des raisons liées à la « structure du système juridique⁹⁵ ». Autrement dit, toute idée de peine pécuniaire nécessiterait la présence d'institutions capables de les imposer⁹⁶. Surprenant, le même argument est cité en faveur (G. Arangio-Ruiz)⁹⁷ comme en défaveur de l'institution, en particulier par J. Verhoeven, cité ici *in extenso* :

[o] n pourrait être tenté de croire que le recours à des dommages et intérêts punitifs se justifie mieux dans l'ordre juridique international que dans les ordres internes (nationaux), par suite de l'absence d'une autorité (centralisée) y exerçant le pouvoir dans l'intérêt de tous. Réflexion faite, la conclusion paraît bien devoir être exactement contraire. C'est parce que l'intérêt général est très réduit dans un ordre juridique qui ne connaît aucune organisation du pouvoir de punir qu'il semble bien plus contestable qu'ailleurs d'y avoir recours à des dommages et intérêts punitifs⁹⁸.

Nous retrouvons cet argument chez Tomuschat :

[i]f in such instances compensation to be paid were to be increased in accordance with the chaotic rules governing the issue in the domestic jurisprudence of the United States, international law would be pushed into a state of anarchy. Any punishment to be imposed on a State would have to be meted out by an international body specially mandated to this effect. To date, it should be repeated, such a body does not exist⁹⁹.

Enfin, selon L. Reitzer, il n'existe aucune différenciation de la réparation

suivant que cette violation est plus ou moins contraire au sens moral de l'humanité. [...] Une différenciation comme celle que nous combattons ici appelle un système juridique plus évolué¹⁰⁰.

Nous trouvons, bien sûr, d'autres arguments dans la doctrine, souvent liés à la question du caractère « pénal » de la responsabilité. Plus spécifiques sont les

⁹⁴ M Hafner (2000) 1 Annuaire de la Commission du droit international à la p 217; voir aussi la réponse de la France : « [o]n voyait mal, au demeurant, comment les États, seuls titulaires du droit de punir, pourraient se punir eux-mêmes, ni qui pourrait sanctionner pénalement les détenteurs de la souveraineté », Rapports sur la responsabilité de l'État, *supra* note 19.

⁹⁵ Gilles Cottureau, « Systèmes juridiques et notion de responsabilité », *La responsabilité dans le système international, colloque SFDI du Mans*, Paris, Pedone, 1991 à la p 71.

⁹⁶ Paul Reuter, plus largement, affirmait que : « l'absence d'une distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile n'est en droit international que la conséquence de l'absence d'autorité ayant pour fonction propre de défendre les intérêts communs » : Paul Reuter, « Principes de droit international public » (1961) 103 RCADI à la p 586. Voir aussi Hafner *supra* note 94 à la p 217 : « les dommages-intérêts punitifs n'existent que dans un système de subordination alors que le droit international est régi par le principe de l'égalité ».

⁹⁷ Arangio-Ruiz, *supra* note 12 à la p 45 au para 143.

⁹⁸ Joe Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun : Cours général de droit international public » (2002) 334 RCADI à la p 214.

⁹⁹ *Ibid* à la p 300.

¹⁰⁰ *Ibid* à la p 147.

arguments liés au droit de la réparation. Ainsi, l'enrichissement sans cause est évoqué, notamment par B. Cheng¹⁰¹ ou A. de Hoogh: «*[w]hat the payment of punitive damages by the author State amounts to in reality is an unjust enrichment of the injured State* »¹⁰². Nous rattacherons à cette idée l'opinion de E. Jiménez de Aréchaga, affirmant que les *punitive damages* sont « incompatibles avec l'idée fondamentale qui sous-tend l'obligation de réparer »¹⁰³ [notre traduction]. Joe Verhoeven défend une idée similaire lorsqu'il affirme que

[I] a solution se comprendrait mieux si la partie « punitive » de la réparation, qui excède le dommage proprement dit, était fournie à une autorité publique, de manière à respecter, par-delà l'intérêt « privé » de la victime, la finalité sociale de toute sanction¹⁰⁴.

Voilà sans doute pourquoi les auteurs subordonnent l'octroi de dommages-intérêts punitifs à l'institutionnalisation de la responsabilité internationale.

D'autres auteurs, et d'autres arguments, auraient sans aucun doute pu être cités ici, mais dans la limite de cette contribution, nous n'en soulignerons que quelques autres. Tout d'abord, l'idée de M. Whiteman, selon laquelle les dommages punitifs seraient perçus comme injustes dans le cadre de la responsabilité internationale, où la charge repose *in fine* sur le contribuable innocent¹⁰⁵. Certains, à l'instar de B. Stern, considèrent que cet octroi est tout bonnement insignifiant et inopportun. L'auteur affirme que

ce qu'ont trouvé les membres de la CDI, en cas de violation grave d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, c'est l'idée du payement de « dommages et intérêts correspondant à la gravité de la violation », c'est-à-dire des dommages et intérêts punitifs, ce qui personnellement me semble à la fois inadapté et dérisoire : tant d'années pour arriver à faire suivre le crime d'un État d'une « indemnité »¹⁰⁶ !

En ce qui concerne les violations les plus graves, S. Villalpando trouve de son côté que

l'application des principes généraux concernant la réparation et les garanties de non-répétition (tel que codifiés dans la deuxième partie des

¹⁰¹ *Ibid* à la p 236; Sur ce principe, voir par ex l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Company*, in Marjorie M Whiteman, *Damages in international law*, Washington, Government Print Office, 1937, vol 3 à la p 1694.

¹⁰² De Hoogh, *supra* note 76 à la p 167.

¹⁰³ Eduardo Jiménez de Aréchaga, « International law in the past third of a century » (1978) 159 RCADI à la p 286 [Jiménez de Aréchaga]; voir par ex l'affaire *Siag : Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c République Arabe d'Égypte* (2009), Déc n° ARB/05/15 au para 545 (International Centre for Settlement of Investment Disputes).

¹⁰⁴ Jiménez de Aréchaga, *supra* note 103 à la p 214.

¹⁰⁵ Marjorie M Whiteman, *supra* note 44 à la p 724.

¹⁰⁶ Brigitte Stern « Les dilemmes de la responsabilité internationale aujourd'hui » dans *Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique les 11 et 12 mai 2001 à Paris*. En ligne : http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique15.html.

Articles de la CDI permet de tenir suffisamment compte, dans le cadre du régime aggravé de responsabilité communautaire, de la nature collective du bien protégé et de la gravité du fait internationalement illicite¹⁰⁷.

Ainsi que le révélera la seconde partie de cette étude, l'évolution doctrinale mentionnée ici doit beaucoup à l'ambivalence de la jurisprudence traditionnelle en matière de dommages punitifs.

III. Les dommages et intérêts punitifs dans la jurisprudence internationale

Une fois déterminée la teneur des différents arguments théoriques invoqués dans le débat doctrinal relatif à la question des dommages-intérêts punitifs en droit international, la réalité de la pratique des juridictions internationales doit y être confrontée. Il s'agira dès lors, dans le second temps de cette étude, d'examiner la jurisprudence pour y déceler d'éventuelles répercussions de cette opposition théorique, voire une solution empirique. Ainsi, à partir des critères d'identification synthétisés plus tôt, seront évaluées les principales affaires invoquées au soutien de l'existence ou au contraire de l'inexistence de l'institution des dommages-intérêts punitifs en droit international.

À cette pratique «classique» discutée par la doctrine et relativement sporadique, sera enfin confrontée la pratique contemporaine des juridictions internationales de protection des droits de l'homme. C'est en effet en ce domaine, réputé pour son dynamisme en matière de réparation, qu'a ressurgi très récemment cette question sous la plume de certains juges. La tendance actuelle en matière de réparation des violations des conventions internationales de protection des droits de l'homme devra donc être examinée à la lumière du débat théorique et de la pratique classique pour évaluer la véracité des thèses relatives à l'émergence des dommages-intérêts punitifs en ce domaine.

L'analyse jurisprudentielle de la question des dommages-intérêts punitifs révèle dans un premier temps un rejet de principe de ce concept, tant dans la pratique classique qu'en droit international des droits de l'homme, dont les motifs rejoignent les arguments de la doctrine déjà évoqués (A). Ce rejet semble maintenu à l'heure actuelle, en dépit des évolutions survenues en la matière vers une admission du caractère punitif de la réparation et des arguments de certains juges en faveur de la résurgence des dommages-intérêts punitifs en droit international des droits de l'homme (B).

¹⁰⁷ Villalpando, *supra* note 2 au para 142.

A. Un rejet de principe généralisé de la doctrine des dommages et intérêts punitifs dans la pratique internationale

L'octroi de dommages et intérêts punitifs est rare dans la pratique internationale. L'une des raisons principales de cette absence réside probablement dans le caractère majoritairement *civil* de la procédure classique, écartant, à l'instar des régimes continentaux, l'idée d'une sanction punitive réservée au domaine *pénal*. Ce motif premier est encore renforcé dans le cadre international par la structure même de l'ordre juridique composé d'États souverains et égaux sans autorité coercitive centralisée susceptible d'imposer de telles sanctions contre leur volonté. Il n'est dès lors pas surprenant que la majorité des juridictions ayant eu à se prononcer sur ce type de question ait considéré que celle-ci ne relevait pas de son ressort.

Dès lors, si l'existence de précédents en faveur de l'octroi de dommages et intérêts punitifs a alimenté le débat théorique depuis plusieurs décennies, la pratique internationale classique semble davantage affirmer un rejet de principe du caractère punitif des dommages et intérêts (1), suivie par les juridictions internationales de protection des droits de l'homme (2).

1. L'EXCLUSION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS DANS LA PRATIQUE CLASSIQUE

La pratique arbitrale utilisée, voire parfois instrumentalisée par la doctrine exposée plus tôt pour fonder l'exclusion ou l'existence des dommages-intérêts punitifs est relativement datée et équivoque. D'aucuns ont d'ailleurs pu taxer leurs opposants de « *case picking* »¹⁰⁸ tant ces sentences sont hétérogènes et sujettes à interprétation. En outre, le *corpus* disponible est quantitativement faible. Pour autant, il apparaît nécessaire d'examiner ces précédents à la lumière des critères développés plus tôt, pour en dégager des éléments de preuve quant à l'une ou l'autre de ces postures théoriques.

Cette pratique prétendument relative aux dommages-intérêts punitifs sera décomposée en trois catégories, suivant une gradation dans la fermeté de la position soutenue, jusqu'au rejet explicite de ce type de dommages. Un premier type d'affaires, présenté par une partie de la doctrine comme des preuves de l'acceptation de l'institution des dommages-intérêts punitifs, révèle surtout une ambiguïté, voire une confusion autour de la notion (a). La seconde catégorie regroupe les affaires dans lesquelles l'octroi de dommages-intérêts punitifs est refusé à partir des circonstances de l'espèce. D'aucuns ont pu alors y voir une consécration indirecte de l'institution, quoique pour d'autres, il s'agisse au contraire d'une preuve de rejet¹⁰⁹ (b). Enfin, dans un dernier type d'affaires, le rejet du principe a été clairement exprimé et suffisamment motivé (c). Il semble par conséquent que les seuls éléments explicites disponibles dans la pratique classique penchent nettement en faveur d'un rejet de principe de l'institution des dommages-intérêts punitifs en droit international.

¹⁰⁸ Wittich, « *Awe of the Gods* », *supra* note 13.

¹⁰⁹ *Ibid.*, titre I.

a) *L'ambiguïté des précédents en faveur de l'octroi de dommages-intérêts punitifs*

L'une des tendances doctrinales en faveur de l'octroi de dommages punitifs en droit international repose précisément sur l'existence de précédents consacrant une telle institution. Quelques exemples issus de la pratique arbitrale ont ainsi été analysés comme octroyant ce type d'indemnisation au requérant et méritent à ce titre d'être brièvement évoqués. Pour autant, il semble à la lecture de ces décisions que le caractère punitif des dommages octroyés résulte essentiellement d'une question d'interprétation dépendant en grande partie de la définition des dommages-intérêts punitifs retenue par le lecteur, plutôt que d'une véritable consécration¹¹⁰. Or, la confrontation de ces affaires à la définition adoptée dans le cadre de cette étude, assimilant les dommages-intérêts punitifs à une *somme substantielle allouée au-delà du préjudice actuellement subi et dans un but punitif*, n'en tire aucune confirmation, au contraire.

L'un des précédents les plus invoqués au soutien de l'existence en droit international des dommages-intérêts punitifs est la sentence rendue dans l'affaire *Moke* en 1871 par la Commission mixte des réclamations américano-mexicaine¹¹¹. Dans cette affaire, le requérant avait été soumis par des militaires mexicains à des « prêts forcés » de mil dollars et trois cents dollars en 1864 et 1865 respectivement, notamment sous la contrainte d'un emprisonnement de vingt-quatre heures. Il demandait à la Commission le remboursement de ces sommes avec intérêts, ainsi qu'une indemnité de cinq cents dollars au titre du dommage causé par sa détention injustifiée. La sentence faisant droit à ses prétentions condamne fermement ces pratiques arbitraires, illégales et inégalitaires. Les arbitres vont d'ailleurs jusqu'à affirmer que « *if larger sums in damages, in such cases, were needed to vindicate the right of individuals to be exempt from such abuses, we would undoubtedly feel required to give them* »¹¹². Par conséquent, la somme de cinq cents dollars octroyée pour la réparation du dommage né de l'emprisonnement a pu être interprétée comme des dommages et intérêts punitifs au regard de la motivation de la sentence, condamnant clairement cette pratique¹¹³. Pour autant, à la lumière de la définition précédemment posée, si l'intention punitive peut être caractérisée en l'espèce, il ne semble pas que les circonstances de l'affaire révèlent l'octroi d'une somme additionnelle à la réparation intégrale des préjudices subis. La somme de cinq cents dollars ne paraît pas exorbitante au regard du préjudice moral ayant été infligé au requérant. Par conséquent, la somme totale de 2 545 dollars octroyée à Moses Moke correspond davantage à la compensation totale des préjudices subis par le requérant qu'à des dommages-intérêts punitifs additionnels versés au titre de punition de l'État mexicain.

¹¹⁰ Wittich, « Awe of the Gods », *supra* note 13 à la p 113.

¹¹¹ John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol IV, United States Government Printing Office, Washington, 1898 à la p 4311.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Arangio-Ruiz, *supra* note 12 à la p 59.

D'autre part, l'affaire *Laura M.B. Janes et autres (États-Unis d'Amérique c. Mexique)*¹¹⁴ de 1925 a également été invoquée parmi les prétendus précédents d'octroi de dommages-intérêts punitifs en droit international. Dans cette affaire, les États-Unis reprochaient au Mexique son inaction face au meurtre d'un citoyen américain, Byron Everett Janes, assassiné par un ex-employé des mines d'El Tigre, et réclamaient à ce titre vingt-cinq mille dollars en réparation des pertes et dommages. Était plus particulièrement reproché au Mexique le défaut de mise en place des mesures adéquates pour appréhender et punir le responsable, infligeant à la famille de la victime un préjudice supplémentaire sous la forme d'une négligence indigne¹¹⁵. La Commission en déduit donc un dommage distinct de celui causé par la mort de la victime, imputable à l'État. Elle estime en effet que:

the wording of Article I of the Convention concluded September 8, 1923, mentioning claims for losses or damages suffered by persons or by their properties, is sufficiently broad to cover not only reparation (compensation) for material losses in the narrow sense, but also satisfaction for damages of the stamp of indignity, grief, and other similar wrongs¹¹⁶.

Par conséquent, la Commission octroie à la famille de la victime la somme de douze mille dollars au titre de satisfaction pour le dommage causé par le défaut d'appréhension et de punition du meurtrier de la victime. Cette satisfaction, déconnectée du préjudice initial né de la mort de Byron Everett Janes, a été perçue par certains observateurs comme une consécration des dommages-intérêts punitifs dans la mesure où elle vise à punir l'État mexicain pour son inertie. Pour autant, quoique la Commission dégage un titre d'indemnisation supplémentaire au bénéfice des requérants, celui-ci ne semble pas avoir une vocation strictement punitive puisqu'il est en réalité rattaché à un second dommage, imputable à l'État, qu'il vise à compenser. L'affaire *Janes* ne semble pas, dès lors, constituer un précédent satisfaisant d'octroi de dommages-intérêts punitifs dans la mesure où, si l'intention punitive pourrait éventuellement être caractérisée (quoique le vocabulaire employé ne soit pas particulièrement afflictif), l'indemnisation accordée aux requérants vise en réalité la réparation d'un préjudice immatériel identifié, sous la forme d'une compensation financière.

Dans l'affaire *Maal* en 1903¹¹⁷, le Venezuela était accusé d'avoir expulsé le requérant, un citoyen néerlandais, de son territoire à partir de suspicions infondées de collaboration avec les révolutionnaires actifs dans le pays à cette époque. Si le droit pour un État de procéder à l'expulsion d'étrangers de son territoire n'est en rien remis en cause par les arbitres, les circonstances de l'affaire, en revanche, font état de comportements répréhensibles de la part des autorités, qui ont pu faire penser à une sentence exclusivement punitive. Il ressort en effet de l'espèce que le requérant, arrivé au Venezuela pour des motifs professionnels, avait été aussitôt arrêté, ses bagages fouillés, et avait été dévêtu en public et soumis aux moqueries des passants et à une

¹¹⁴ *Laura MB Janes et autres (États-Unis d'Amérique) c Mexique* (1925), RSA vol IV aux pp 82-98.

¹¹⁵ *Ibid* à la p 87.

¹¹⁶ *Ibid* au para 24.

¹¹⁷ *Affaire Maal* (1903), RSA vol X aux pp 730-33.

humiliation considérable avant d'être expulsé. Le requérant demandait par conséquent que soient indemnisés les préjudices subis du fait de son arrestation, des indignités dont il avait souffert ainsi que des pertes financières résultant de l'interruption momentanée de son activité. Selon la Commission, le gouvernement vénézuélien était parfaitement en droit de procéder à l'expulsion du requérant, et eut-elle été accomplie « *in a rightful manner without unnecessary indignity or hardship to him* »¹¹⁸, la requête n'aurait d'ailleurs pas été recevable. En revanche, les circonstances humiliantes auxquelles avait été exposé le requérant et surtout, l'absence d'action du gouvernement pour identifier et sanctionner les responsables, engageaient la responsabilité de l'État. C'est sous cet aspect de condamnation du comportement de l'État aggravant un dommage causé à la victime que cette sentence a été invoquée comme consacrant la doctrine des dommages et intérêts punitifs. En effet, la sentence affirme explicitement que :

the only way in which there can be an expression of regret on the part of the Government and a discharge of its duty toward the subject of a sovereign and a friendly State is by making an indemnity therefore in the way of money compensation. This must be of a sufficient sum to express its appreciation of the indignity practiced upon this subject and its high desire to fully discharge such obligation¹¹⁹.

L'on conçoit dès lors, peut-être plus aisément encore que dans les affaires précédentes, le lien entre la réparation du préjudice accordé à hauteur de cinq cents dollars pour les indignités infligées au requérant et l'octroi d'éventuels dommages-intérêts punitifs. Pour autant, et quoiqu'elle vise en partie à sanctionner le comportement inactif de l'État, la somme versée vise avant tout à la compensation du préjudice subi par le requérant, fût-il immatériel. Rien ne permet de penser qu'elle ne corresponde pas à l'indemnisation du dommage, mais à une somme additionnelle à visée exclusivement punitive, puisque aucun autre préjudice ne serait alors indemnisé. De même, considérer que la somme de cinq cents dollars recouvre à la fois le préjudice moral et les dommages-intérêts punitifs ne semble pas réaliste au regard de la modestie du montant alloué. Enfin, la réparation est expressément octroyée « *solely because of these indignities* »¹²⁰ subies par le requérant, ce qui laisse penser davantage à un élément réparateur et compensatoire de l'atteinte infligée à M. Maal plutôt qu'à une punition additionnelle de l'État.

Enfin, la décision du Secrétaire général des Nations Unies dans l'affaire du *Rainbow Warrior* en 1986¹²¹ (souvent désignée comme la sentence *Rainbow Warrior D*), dont la nature juridictionnelle n'est d'ailleurs pas évidente¹²², est également souvent invoquée parmi les précédents d'octroi de dommages-intérêts punitifs en droit international¹²³. Dans cette célèbre affaire, des membres de la DGSE française avaient participé au torpillage d'un navire de Greenpeace stationné dans le port

¹¹⁸ *Ibid* à la p 732.

¹¹⁹ *Ibid* aux pp 732-33.

¹²⁰ *Ibid* à la p 733.

¹²¹ *Affaire du Rainbow Warrior* (1986), RSA vol XIX aux pp 199-221 [*Rainbow Warrior*].

¹²² Wittich, « Awe of Hte Gods », *supra* note 13 à la p 128.

¹²³ Voir ci-dessus, titre I.

d'Auckland en Nouvelle-Zélande, causant, outre les pertes matérielles, la mort de l'un des passagers. Les deux Français avaient alors été condamnés à une peine de dix ans d'emprisonnement par les autorités néozélandaises et les deux États s'étaient engagés dans la résolution du différend résultant, entre autres, de la violation de la souveraineté territoriale d'État néozélandais par la France. Au titre de la réparation de ce dommage, la Nouvelle-Zélande exigeait de la France non seulement le remboursement du dommage matériel induit par le coût de l'enquête réalisée par ses services, mais également la réparation du préjudice moral induit par la violation de sa souveraineté et aggravé par le fait que celle-ci avait été commise par un État ami. À ce titre, l'État s'estimait en droit de recevoir des excuses officielles de la part du gouvernement français, satisfaction classique face au dommage moral de l'État, mais réclamait en outre une compensation financière pour cet affront. La somme demandée s'élevait alors au total à neuf millions de dollars, hors réparation des dommages causés au navire et résultant de la mort du passager¹²⁴. Pour la France, en revanche, la violation de souveraineté n'ayant pas causé de dommage matériel *stricto sensu* à l'État, mais seulement un dommage moral, elle devait être réparée seulement par des excuses. Selon le défendeur, la réparation du préjudice matériel subi par le demandeur s'élevait alors à seulement quatre millions de dollars¹²⁵. Pourtant, sans détailler le mode de calcul ni préciser le type de dommage correspondant à cette somme, le Secrétaire général alloue à la Nouvelle-Zélande une compensation de sept millions de dollars « *for all the damage it has suffered*¹²⁶ ». D'aucuns ont alors estimé que cette somme correspondait en partie à une compensation financière du dommage moral subi par la Nouvelle-Zélande et que son caractère exceptionnel révélait une intention punitive¹²⁷. Pour autant, l'absence de formulation expressément punitive dans une sentence qui semble d'ailleurs à première vue plutôt conciliatrice, laisse penser qu'il s'agissait davantage d'un compromis entre les prétentions des parties¹²⁸. Si l'on peut sans aucun doute y voir une consécration de la compensation pécuniaire du dommage immatériel de l'État, il ne s'agit pas pour autant d'une sanction infligée à titre punitif, mais purement réparatoire.

La prétendue consécration de l'institution des dommages-intérêts punitifs ne résiste donc pas, à la confrontation des précédents invoqués, à une définition stricte du concept. Il semble d'ailleurs que ce soit précisément le flou entourant certaines solutions qui ait permis à une partie de la doctrine d'y percevoir l'infliction d'un traitement punitif. L'assimilation de ces affaires à des sanctions punitives résulte alors essentiellement d'une interprétation particulière, voire d'une définition spécifique du concept, ou même encore d'une conception propre de la réparation. En revanche, si l'acceptation des dommages-intérêts punitifs est plus qu'ambigüe, leur rejet dans la pratique arbitrale classique est quant à lui plus clair.

¹²⁴ *Rainbow Warrior*, *supra* note 121 à la p 202.

¹²⁵ *Ibid* à la p 210.

¹²⁶ *Ibid* à la p 213.

¹²⁷ Arangio-Ruiz, *supra* note 12 à la p 44.

¹²⁸ Christian Dominicé, « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État » dans Christian Dominicé, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 au para 15.

b) *L'ambivalence du rejet circonstanciel des dommages-intérêts punitifs*

Dans une première série de précédents arbitraux, le rejet des dommages-intérêts punitifs demandés par la partie requérante est principalement circonstanciel. Le refus est alors justifié non pas par l'inexistence d'une telle sanction *per se*, mais par son inadéquation à l'espèce.

Ainsi, dans l'affaire *Metzger* en 1903¹²⁹, alors que le requérant réclamait une indemnisation à hauteur de vingt mille bolivars en réparation des dommages subis, la Commission ne lui en octroya que trois mille. En l'espèce, le requérant avait été brutalisé par un membre des forces armées vénézuéliennes pour lui extorquer sa mule. Celui-ci l'avait alors blessé à plusieurs reprises, menacé et humilié. Pour autant, le gouvernement avait rapidement pris des mesures pour punir le responsable, qui était déjà emprisonné au moment de l'affaire. La diligence de l'État était alors pour la Commission de nature à l'exonérer de tout comportement « malicieux »¹³⁰ [notre traduction] et donc de toute sanction punitive. En effet, l'arbitre estime explicitement que :

Neither can anything be allowed in the way of punitive or exemplary damages against Venezuela, because it appears, as above stated, that the general commanding the army promptly took action against the offender and punished him by imprisonment¹³¹.

Le rejet des dommages-intérêts punitifs en l'espèce est donc motivé non pas par leur inexistence en droit international, mais par l'action du gouvernement excluant sa punition. Des conclusions similaires ont été prononcées dans l'affaire *Torrey*¹³², alors que le requérant demandait une compensation de dix mille dollars pour les dommages causés par son arrestation et pour le traitement dont il avait été victime. Injustement emprisonné par les autorités vénézuéliennes, le requérant avait été relâché quatre heures plus tard sur ordre du président de la République. Considérant que cet incident n'était que le fait d'un officier local et que le comportement du gouvernement illustrait une absence totale de volonté de nuire à un citoyen américain, la Commission avait alors indemnisé le requérant uniquement sur le fondement d'une « *personal inconvenience* » à hauteur de deux cent cinquante dollars¹³³.

De tels rejets circonstanciels des demandes en dommages-intérêts punitifs ne sont pas d'un grand secours quant à la démonstration de leur existence comme de leur inexistence. Si certains ont pu voir dans la précision par les arbitres de leur rejet ponctuel une preuve de la possibilité de les infliger à l'État dans d'autres circonstances, d'autres, à l'instar de Stefan Wittich, estiment qu'une telle généralisation n'est pas appropriée. Selon l'auteur, les arbitres dans ces affaires se seraient contentés d'évaluer les faits de l'espèce sans procéder à un examen général

¹²⁹ *Metzger* (1903), RSA vol X aux pp 417-20.

¹³⁰ *Ibid* à la p 419.

¹³¹ *Idem*.

¹³² *Affaire Torrey* (1903-1905), RSA vol IX aux pp 225-26.

¹³³ *Ibid* à la p 226.

de la possibilité d'octroyer de tels dommages d'un point de vue juridique¹³⁴. Il paraît en effet douteux de déduire du rejet circonstanciel une acceptation générale dans la mesure où les arbitres ne développent pas leur raisonnement en ce sens. Dès lors, cette catégorie de précédents semble peu exploitable pour trancher la question générale de l'existence ou de l'inexistence des dommages-intérêts punitifs, d'autant plus que des exemples de rejet clairs et généralisables sont disponibles dans la pratique arbitrale de cette époque.

c) *La clarté du rejet de principe des dommages-intérêts punitifs*

Si la pratique de l'octroi de dommages-intérêts punitifs est ambiguë, le rejet de principe de telles indemnisations dans la jurisprudence arbitrale est relativement cohérent et s'articule autour des deux principaux arguments avancés par la doctrine : l'absence de compétence des juridictions ou des organes arbitraux en ce sens (i), et l'incompatibilité du caractère punitif de la réparation dans l'ordre juridique international (ii).

i. L'argument issu du défaut de compétence des juridictions

De nombreuses sentences arbitrales manifestent le respect des arbitres envers les limites du pouvoir qui leur sont confiés par les parties, qui tendent à exclure le caractère punitif de la réparation octroyée.

Ainsi, dans l'affaire des *Héritiers de Jules Brun*¹³⁵, le tribunal avait explicitement affirmé n'être compétent en vertu du *Protocole* que pour compenser les dommages actuellement subis à l'exclusion donc de toute autre forme de sanction¹³⁶. De même, dans l'affaire *Brook*, et quoiqu'aucune offense n'ait été constatée en l'espèce, l'arbitre expliquait que les sommes additionnelles au montant de la réparation des dommages réclamées par le requérant ne pouvaient être analysées comme étant des dommages-intérêts punitifs. Selon lui, la Commission n'avait pas de « *punitive mission* »¹³⁷. Cette précision, alors même que l'arbitre ajoute qu'aucune cause de l'octroi de tels dommages n'existait en l'espèce, donne alors toute sa force au rejet de principe pour défaut de compétence. À l'occasion de l'affaire *Manasse*¹³⁸, l'arbitre a estimé, peut-être plus clairement encore, que « *the commission has nothing to do with the punishment of any offense* »¹³⁹. Il ressort donc de ces affaires un rejet clair de la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts punitifs justifié par les limites de la compétence de l'organe lui-même, telles que fixées par les parties.

¹³⁴ Wittich, « *Awe of the Gods* », *supra* note 13 à la p 133.

¹³⁵ *Affaire des Héritiers de Jules Brun* (1905), RSA vol X aux pp 24-44 [*Héritiers de Jules Brun*].

¹³⁶ *Ibid* à la p 44.

¹³⁷ Wittich, « *Awe of the Gods* », *supra* note 13 à la p 4311.

¹³⁸ *Ibid* à la p 3462.

¹³⁹ *Ibid* à la p 3464.

En revanche, dans les affaires *Carthage*¹⁴⁰ et *Manouba*¹⁴¹, l'octroi de dommages-intérêts punitif semble plutôt incompatible avec la fonction juridictionnelle en tant que telle. Dans la première, opposant la France à l'Italie, un vapeur postal français avait été saisi par les autorités italiennes qui le suspectaient de faire de la contrebande à destination de leurs ennemis dans le contexte du conflit turco-italien. Le gouvernement demandeur réclamait alors des dommages et intérêts pour l'atteinte portée au pavillon français et pour la réparation du préjudice moral et politique, ainsi que l'indemnisation des pertes subies par les particuliers. Les arbitres ont cependant estimé que la constatation de la violation était généralement suffisante pour compenser le dommage moral causé à l'État, assortie de l'indemnisation des dommages matériels. Plus encore, ils considèrent que « l'introduction d'une autre sanction pécuniaire paraît être superflue et dépasser le but de la juridiction internationale »¹⁴². Par conséquent, au-delà de la seule compétence du tribunal arbitral, cette affaire indique que le déclin de la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts à vocation punitive résulte en réalité des limites de la fonction juridictionnelle internationale en tant que telle. C'est également ce qui ressort de l'affaire *Manouba* résultant de faits similaires, dans laquelle les arbitres ont exposé la même solution quant à la demande de sanction pécuniaire, ajoutant en outre que les circonstances de la cause ne justifiaient pas de telles sanctions, fût-elle autorisée¹⁴³.

ii. L'argument lié à la structure de l'ordre juridique international

La plus forte consécration du rejet de principe des dommages-intérêts punitifs semble néanmoins résider dans leur incompatibilité au droit international. Les sentences rendues dans les affaires *Carthage* et *Manouba* semblent déjà énoncer de manière sous-jacente ce type de justification en affirmant que les dommages-intérêts punitifs sont une institution étrangère à la juridiction internationale. D'après Stephan Wittich, un tel considérant signifie en réalité que :

no international judicial body, not even one with basically unlimited jurisdiction and confined only to the rules and principles of international law, were competent to render a judgment wholly punitive in nature¹⁴⁴.

Dans l'affaire *Letelier et Moffit*¹⁴⁵ opposant en 1992 les États-Unis au Chili, et quoiqu'aucune demande n'ait été formulée en ce sens, l'arbitre Francisco Orrego Vicuna ajoute à la sentence une opinion concordante dans laquelle il formule précisément le rejet de principe des dommages-intérêts punitifs en droit international. Selon le professeur, les principes de la réparation en droit international ont été suffisamment clarifiés par la pratique et la doctrine au moment de la décision. Il affirme par conséquent que les dommages-intérêts punitifs sont exclus des principes

¹⁴⁰ *Affaire du Carthage* (1913), RSA vol XI aux pp 449-61 [*Affaire du Carthage*].

¹⁴¹ *Affaire du Manouba* (1913), RSA vol XI aux pp 463-79 [*Affaire du Manouba*].

¹⁴² *Affaire du Carthage*, *supra* note 140 à la p 460.

¹⁴³ *Affaire du Manouba*, *supra* note 141 à la p 475.

¹⁴⁴ Wittich, « Awe of the Gods », *supra* note 13 à la p 138.

¹⁴⁵ *Letelier et Moffit* (1992), RSA vol XXV aux pp 1-19.

du droit international¹⁴⁶, ajoutant plus particulièrement que l'octroi d'une somme excessive ou disproportionnée par rapport au dommage aboutirait au même effet, qu'elle soit désignée comme punitive ou pas, et doit dès lors être écartée de la réparation. Si ces éléments d'explication n'ont pas véritablement eu de répercussion sur la solution du cas d'espèce, ils permettent néanmoins de situer l'état d'esprit des arbitres à cette période.

Enfin, l'affirmation la plus éclatante du rejet de principe des dommages-intérêts punitifs a été formulée en 1923 à l'occasion de la célèbre affaire du *Lusitania*¹⁴⁷. Suite au torpillage du *Lusitania* par un sous-marin allemand alors qu'il avait à son bord cent soixante-sept citoyens américains dont seulement soixante-neuf furent sauvés, les États-Unis demandaient explicitement au tribunal que soient imposés des dommages-intérêts punitifs à l'Allemagne pour sanctionner la gravité du dommage¹⁴⁸. Face à cette requête, la Commission avait estimé nécessaire d'examiner la nature de cette sanction et de justifier les motifs de son déclin. Elle livre à cette occasion une définition de cette notion, estimant que :

the reason for the rule authorizing the imposition of exemplary in addition to full reparation or compensatory damages is that they are justified "by way of punishing the guilty, and as an example to deter others from offending in like manner"¹⁴⁹.

Pour autant, il ne s'agit là que d'un concept utilisé dans certains droits internes. Pour le surarbitre Parker, sa transposition en droit international résulte principalement d'une confusion, découlant de ce que « *the words exemplary, vindictive, or punitive as applied to damages are misnomers* »¹⁵⁰. L'essence même du concept de dommage appelle en réalité une réparation proportionnelle à la perte, ou une compensation correspondant au tort causé. Dès lors, l'arbitre constate sans équivoque que:

the superimposing of a penalty in addition to full compensation and naming it damages, with the qualifying word exemplary, vindictive, or punitive, is a hopeless confusion of terms, inevitably leading to confusion of thought¹⁵¹.

Par conséquent, même l'indemnisation du préjudice moral de l'État ne constitue pas une indemnisation punitive, mais constitue une mesure compensatoire correspondant au dommage actuellement subi¹⁵². Mentionnant additionnellement le défaut de compétence en la matière de la Commission, résultant de la formulation même du *Traité de Berlin*, l'arbitre énonce une première cause de rejet qui aurait pu être limitée à cet organe¹⁵³. Pour autant, le motif du rejet de principe des dommages-intérêts punitifs avancé réside dans leur incompatibilité avec le droit international. Le fait même de questionner l'existence de cette sanction indique pour l'arbitre:

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 14.

¹⁴⁷ Affaire du *Lusitania* (1923), RSA vol VII aux pp 32-44.

¹⁴⁸ *Ibid* à la p 38.

¹⁴⁹ *Ibid* à la p 38.

¹⁵⁰ *Ibid* à la p 39.

¹⁵¹ *Ibid*.

¹⁵² *Ibid* à la p 40.

¹⁵³ *Ibid* à la p 43.

how repugnant to the fundamental principles of international law is the idea that as justiciable the question as to what penalty should be assessed against Germany as a punishment for its alleged wrongdoing¹⁵⁴.

Il ajoute ensuite que:

as between sovereign nations the question of the right and power to impose penalties, unlimited in amount, is political rather than legal in its nature, and therefore not a subject within the jurisdiction of this Commission¹⁵⁵.

La sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lusitania* synthétise donc les principaux arguments avancés au soutien de l'inadéquation de la doctrine des dommages-intérêts punitifs au droit international, cristallisant dès 1923 le rejet de principe de cette institution, suivie par les juridictions internationales de protection des droits de l'homme.

2. L'EXCLUSION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS PAR LES JURIDICTIONS DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Les juridictions internationales de protection des droits de l'homme, en dépit de leur dynamisme reconnu lorsqu'il s'agit d'étendre leurs compétences, ont manifesté une retenue sans équivoque face aux demandes de dommages et intérêts punitifs formulées par les requérants. Elles ont, une fois n'est pas coutume, affirmé leur respect de la théorie générale et refusé en bloc le caractère punitif de l'indemnisation des violations des droits garantis. Si le rejet par la Cour interaméricaine semble essentiellement reposer sur le caractère réparateur et non punitif de l'engagement de la responsabilité internationale (a), la Cour européenne se borne à reconnaître les limites conventionnelles de ses compétences (b).

a) *Le rejet par la Cour interaméricaine*

Dès ses toutes premières affaires, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, pourtant titulaire d'une compétence exceptionnellement large en matière de réparation conformément à l'article 63 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹⁵⁶, a établi clairement les limites de ce pouvoir en rejetant fermement les demandes de dommages et intérêts punitifs formulées par les requérants. Dans la première affaire dont elle ait eu à connaître, la Cour avait condamné en 1988 sur le fond l'État du Honduras pour de multiples violations de la *Convention américaine* commises à l'encontre de Manfredo Velasquez, et dénoncé plus généralement la systématisation des disparitions forcées au début des années 1980 dans le pays. La victime ayant été kidnappée, torturée, exécutée et

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978) [*Convention américaine*].

finalement enterrée clandestinement par des membres des forces armées¹⁵⁷, le cas fournit donc à la Cour sa première occasion de se prononcer sur les modalités de compensation en l'absence de possibilité d'une véritable *restitutio*. À l'occasion de son arrêt en réparation en 1989, les représentants des victimes ainsi que la Commission avaient formulé des demandes précises en matière de compensation des dommages subis par la victime et son entourage. Était notamment demandée la réparation des préjudices matériels (entre autres des gains manqués résultant de la mort du chef de famille), mais également du préjudice émotionnel enduré par sa femme et ses enfants. Outre l'obligation de l'État à s'engager dans la répression des pratiques de disparitions forcées, d'enquêter et de punir les responsables, de rendre hommage aux victimes et autres mesures de satisfaction, les représentants des victimes demandaient à la Cour de leur octroyer une indemnisation financière à hauteur de deux cent mille lempiras au titre du dommage matériel, 2 422 000 lempiras au titre des *loss of earnings*, 4 845 000 lempiras au titre du dommage émotionnel, mais également, et surtout, 2 422 000 lempiras à titre de dommages et intérêts punitifs¹⁵⁸. L'État rejetait en bloc ces demandes estimant que son obligation de réparation se limitait à la compensation de la famille pour le dommage subi à l'exclusion des préjudices émotionnels ou des *loss of earnings*¹⁵⁹, et *a fortiori* des dommages punitifs. Rappelant le principe fondateur de la *restitutio in integrum*, formulé par la CIJ dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, retranscrite sous forme de compensation lorsqu'elle est impossible, la Cour estime d'abord que le préjudice émotionnel est indemnisable¹⁶⁰. Pour autant, quant à la demande de dommages punitifs évoquée, elle estime que la « satisfaction équitable » prévue à l'article 63 (1) de la *Convention américaine* est par essence « compensatoire » et non « punitive »¹⁶¹. Quoiqu'elle admette que de telles indemnisations soient pratiquées dans les ordres internes de certains États, elle considère néanmoins que « l'octroi de dommages visant à dissuader ou à servir d'exemple » est exclu du droit international « à ce moment ». Les dommages compensatoires recouvrent dès lors selon la Cour seulement les préjudices moraux et matériels subis par la victime et sa famille. La juridiction interaméricaine confirme immédiatement ce rejet de principe dans l'affaire *Godinez Cruz c Honduras*, réitérant le principe selon lequel « *the expression "fair compensation" used in Article 63(1) of the Convention to refer to a part of the reparation and to the "injured party" is compensatory and not punitive* »¹⁶². La juridiction interaméricaine rejette donc explicitement l'idée même d'une réparation à caractère punitif. Elle semble justifier sa position sur les deux principaux arguments invoqués par la doctrine en défaveur des dommages et intérêts punitifs évoqués plus tôt, en se retranchant d'une part derrière son incompétence en la matière en vertu de l'article 63 de la *Convention américaine*, et d'autre part derrière l'inexistence structurelle de ce type de dommages en droit international.

¹⁵⁷ *Velásquez-Rodríguez (Honduras)* (1988), Arrêt sur le fond, Inter-Am Ct HR (Sér C) n°4.

¹⁵⁸ *Velásquez-Rodríguez (Honduras)* (1989), Arrêt sur les réparations et les dépens, Inter-Am Ct HR (Sér C) n°7 au para 9.

¹⁵⁹ *Ibid* au para 14.

¹⁶⁰ *Ibid* aux para 25-27.

¹⁶¹ *Ibid* au para 38.

¹⁶² *Ibid*.

b) *Le rejet par la Cour européenne*

Le rejet des dommages et intérêts punitifs par la Cour européenne des droits de l'homme est également une constante dans sa jurisprudence, quoiqu'elle n'ait pas pris la peine de le justifier jusqu'à récemment. Dans l'affaire *Akdivar et autres c Turquie*¹⁶³ en 1998, à propos de la destruction des biens des requérants dans le contexte des affrontements entre les forces de l'ordre turques et les membres du PKK dans le sud-est du pays, la Cour a eu à connaître des demandes des requérants en ce sens. Outre l'indemnisation du préjudice matériel résultant de la perte de leurs maisons, de leurs terres et d'autres biens meubles et bétail ainsi que des frais de relogement, les requérants demandaient en effet à la Cour de condamner l'État à l'indemnisation de leur préjudice moral et au versement d'une somme de cinq mille livres au titre de dommages et intérêts punitifs¹⁶⁴. Compte tenu de la gravité des faits allégués, la Cour estime alors, contrairement aux prétentions de l'État, être en mesure d'ordonner la compensation des préjudices matériels et moraux subis. En revanche, elle rejette purement et simplement la demande de dommages et intérêts punitifs sans aucune forme d'explication¹⁶⁵. Le même type de situation s'est présenté dans l'affaire *Selçuk et Asker c Turquie* la même année¹⁶⁶. Face à la violation des articles 3, 8 et 13 de la *Convention européenne des droits de l'homme (Convention européenne)* et l'article 1 du *Protocole n° 1* et du fait de la destruction par les forces de l'ordre des biens des requérants, la Cour indemnise le préjudice matériel, et accepte encore « compte tenu de la gravité des violations » d'indemniser le préjudice moral¹⁶⁷. Elle rejette néanmoins avec la même indifférence les prétentions des requérants en matière de dommages-intérêts punitifs (dix mille livres) et de dommages-intérêts majorés (dix mille livres)¹⁶⁸.

Dans d'autres affaires, les requérants ont pris soin de motiver davantage leurs demandes de dommages-intérêts punitifs en alléguant principalement un comportement *malveillant* de la part de l'État, sans pour autant susciter de réaction différente de la part de la juridiction européenne. Dans l'affaire *Cable et autres c Royaume-Uni* de 1999¹⁶⁹ notamment, les requérants se plaignaient de l'inaction de l'État suite à la constatation de sa violation de l'article 6 de la *Convention européenne* en raison de la condamnation des requérants par une cour martiale dont les garanties d'indépendance et d'impartialité n'étaient pas respectées. Ces derniers demandaient donc, outre l'indemnisation des dommages moraux et matériels, que l'inaction de l'État soit sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts punitifs¹⁷⁰. Pour autant, la Cour rejette tout aussi succinctement ces prétentions fautes, selon elle, de base lui permettant d'accueillir cette demande, et renvoie laconiquement à son rejet dans

¹⁶³ *Akdivar et autres c Turquie*, n°21893/93, [1998] II CEDH.

¹⁶⁴ *Ibid* au para 35.

¹⁶⁵ *Ibid* au para 38.

¹⁶⁶ *Selçuk et Asker c Turquie*, n° 23184/94 et 23185/94, [1998] II CEDH.

¹⁶⁷ *Ibid* au para 118.

¹⁶⁸ *Ibid* au para 119.

¹⁶⁹ *Cable et autres c Royaume-Uni*, n° 24436/94, [1999] CEDH.

¹⁷⁰ *Ibid* au para 29.

l'arrêt *Selçuk et Asker* déjà évoqué¹⁷¹. De même, dans l'affaire *Orhan c Turquie*¹⁷² en 2002, les requérants demandaient que la mauvaise foi de l'État¹⁷³ soit sanctionnée. Il s'agissait encore en l'espèce de recours contre la Turquie à propos des exactions commises par les forces armées dans leur lutte contre le PKK. Les victimes avaient été enlevées par des soldats sans que leurs familles n'aient pu pour la plupart les retrouver, et leurs biens ainsi que ceux de leurs familles avaient été en grande partie détruits. Les requérants se plaignaient plus particulièrement du défaut d'enquête et d'exécution des autres obligations de l'État. Compte tenu de ce comportement, les requérants estimaient que les dommages octroyés par la Cour devaient être augmentés de 50 % pour exprimer la désapprobation et punir la conduite particulièrement répréhensible de l'État¹⁷⁴. Si ceux-ci avaient conscience du rejet habituel de la Cour de telles prétentions, ils estimaient pour autant qu'il n'était généralement pas motivé d'affirmer que la pratique internationale révélait l'existence de précédents en ce sens, et que ce type d'indemnisation était le seul moyen de réaliser le but de la *Convention européenne*¹⁷⁵. Ces arguments n'ont cependant pas empêché la Cour de rejeter sans plus de détail la demande, renvoyant à sa jurisprudence et rappelant « *that it has rejected on a number of occasions, recently and in Grand Chamber, requests by applicants for exemplary and punitive damages* »¹⁷⁶, comme s'il s'agissait désormais d'un principe bien établi.

Néanmoins, dans sa pratique plus récente, la Cour européenne a eu l'occasion de fournir davantage d'explications quant au fondement de ce rejet strict et constant des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Dans l'affaire *Varnava et autres c Turquie*¹⁷⁷, la Cour avait à connaître de la disparition forcée de citoyens chypriotes au cours d'opérations militaires turques à Chypre. La Chambre avait déjà rejeté les fortes sommes demandées par les requérants au titre du préjudice moral, dans la mesure où selon elle, l'article 41 de la *Convention européenne* ne prévoyait pas de sanction punitive, considérant que la constatation de la violation constituait une satisfaction suffisante. Devant la Grande Chambre, les requérants réitéraient néanmoins leurs demandes et estimaient à 407 550 euros le préjudice moral subi du fait des violations constatées. Ils ajoutaient à cette somme une amende journalière qui devait selon eux être imposée à la Turquie tant que l'État ne se conformerait pas aux mesures indiquées par la Cour dans son arrêt sur le fond. Cette somme couvrant la période de violation de la *Convention européenne* s'élevait déjà au jour du prononcé de l'arrêt à 543 400 euros. Les requérants justifiaient le caractère essentiel de ces indemnités

dès lors que les violations sont nombreuses, graves, massives et systémiques, qu'elles perdurent depuis plus de trente-quatre ans et qu'elles sont aggravées par le mépris flagrant de la Turquie pour les constats

¹⁷¹ *Ibid* au para 30.

¹⁷² *Orhan c Turquie*, n°25656/94, [2002] CEDH.

¹⁷³ *Ibid* au para 447.

¹⁷⁴ *Ibid*.

¹⁷⁵ *Ibid*.

¹⁷⁶ *Ibid* au para 448.

¹⁷⁷ *Varnava et autres c Turquie*, n°16064/90, [2009] CEDH.

formulés par les organes de la [Convention]¹⁷⁸.

Pour autant, la Cour rejette une fois encore ces prétentions punitives, invoquant sa jurisprudence antérieure. En revanche, elle explicite pour la première fois les motifs d'un tel refus en considérant

que la [Convention] ne lui permet guère, voire pas du tout, d'enjoindre à un gouvernement de verser à un requérant des pénalités qui ne sont pas liées à un dommage dont il est établi qu'il a été réellement subi à raison de violations passées de la [Convention]¹⁷⁹.

Elle ajoute à ce propos que de telles sommes, déconnectées du préjudice actuellement subi par le requérant, seraient purement spéculatives. Néanmoins, quoiqu'elle rappelle que la *Convention européenne* ne prévoit pas expressément l'indemnisation du préjudice moral, la Cour prend en considération « la gravité de l'affaire »¹⁸⁰, et alloue aux requérants douze mille euros chacun au titre de la réparation du dommage moral en statuant en équité. Dès lors, la Cour semble fonder l'exclusion des dommages-intérêts punitifs de la réparation qu'elle octroie au titre de l'article 41 sur un défaut de compétence. Sans se prononcer sur la compatibilité d'une telle sanction au contentieux relatif aux droits de l'homme ou *a fortiori* au droit international, la juridiction s'en tient à une appréciation stricte de ses compétences en la matière, quoiqu'elle étende explicitement au même paragraphe les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 41. Néanmoins, cet arrêt permet de déceler, enfin, le type d'argument retenu par la Cour pour écarter le caractère punitif de la réparation, qui semble ne tenir en définitive qu'aux limites de sa compétence juridictionnelle. La Cour fournit un autre élément d'explication la même année à l'occasion de l'affaire *Guiso-Gallisay c Italie*¹⁸¹. Les requérants se plaignaient notamment devant la Grande Chambre que la Chambre avait opéré un revirement de jurisprudence quant à la méthode de calcul de l'indemnisation dans les cas d'expropriation indirecte. D'un barème fondé sur la valeur marchande actualisée du terrain augmentée de la plus-value apportée par les bâtiments construits par l'expropriant, la Chambre avait adopté une méthode basée sur la valeur marchande du bien à la date de la perte de propriété, majorée des intérêts dus au jour du prononcé de l'arrêt. Pour soutenir la révision du mode de calcul, la Cour a avancé, entre autres, « le refus d'attribuer à l'indemnisation un but punitif ou dissuasif à l'égard de l'État défendeur, au lieu d'une fonction compensatoire pour le requérant¹⁸² ». La Cour européenne des droits de l'homme semble donc se fonder strictement sur les limites de sa propre compétence pour justifier son refus systématique d'octroyer des dommages-intérêts punitifs pour sanctionner le comportement de l'État dans certaines affaires. Elle ne se prononce en aucun cas, plus largement, et contrairement à la Cour interaméricaine, sur la compatibilité de ce type de sanction à la structure même de l'ordre juridique international, et ne semble pas tenir compte de la gravité des agissements de l'État dans son appréciation du caractère strictement compensatoire de la réparation.

¹⁷⁸ *Ibid* au para 216.

¹⁷⁹ *Ibid* au para 223.

¹⁸⁰ *Ibid* au para 225.

¹⁸¹ *Guiso-Gallisay c Italie*, n° 58858/00 [2009] CEDH.

¹⁸² *Ibid* au para 56.

B. La pratique récente des juridictions de protection des droits de l'homme : vers une relativisation du rejet de principe ?

L'évolution contemporaine de la pratique des juridictions internationales de protection des droits de l'homme a pu être envisagée comme une relativisation du rejet traditionnel de la doctrine des dommages et intérêts punitifs. Face au développement du contentieux et à l'activisme des juridictions régionales en matière de réparation et d'exécution, l'idée d'une « pénalisation » de la responsabilité étatique en ce domaine germe dans la doctrine depuis plusieurs années. Plus encore, le débat autour de la notion de dommages-intérêts punitifs, que l'on pensait enterré par les travaux de la CDI, et la jurisprudence constante de ces mêmes organes, a été réactivé suite à plusieurs affaires récentes. C'est notamment sous la plume de certains des plus illustres juges de la Cour européenne comme de la Cour interaméricaine que cette idée prend forme. Pour Antônio Augusto Cançado Trindade, « *punitive damages* », *thus understood, actually have already been applied, for a long time, in the domain of international human rights protection* »¹⁸³. De même, pour Paulo Pinto de Albuquerque, « l'octroi de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires est un fait dans la pratique de la Cour »¹⁸⁴.

Il s'agira dès lors, à la lumière des éléments théoriques et pratiques déjà exposés à propos de l'institution des dommages-intérêts punitifs en droit international, d'examiner la réapparition de ce concept en droit international des droits de l'homme et les arguments avancés en ce sens.

À ce titre, il semble que les principales thèses évoquant l'existence des dommages-intérêts punitifs en droit international des droits de l'homme émanent des deux juges précités. Si leurs conclusions se rejoignent dans une certaine mesure, les arguments du juge interaméricain s'articulent principalement autour de la notion de dommage aggravé (1), alors que ceux du juge européen visent à démontrer le caractère intrinsèquement punitif de la satisfaction équitable octroyée par la Cour (2).

1. L'INVOCATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS DANS LES CAS DE RESPONSABILITÉ AGGRAVÉE

À la suite de deux affaires du début des années 2000 à l'occasion desquelles la Cour interaméricaine des droits de l'homme a semblé consacrer une gradation de la responsabilité de l'État en fonction de la gravité du dommage, le juge Cançado Trindade a développé dans deux opinions séparées une analyse de ce qui constitue

¹⁸³ Opinion séparée du juge Cançado-Trindade dans l'affaire *Myrna Mack Chang (Guatemala)*(2003), Arrêt sur le fond, les réparations et les dépens, Inter-Am Ct HR (Sér C) n°101 au para 52 [*Myrna Mack Chang*].

¹⁸⁴ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Trévalec c Belgique*, n°30812/07, [2013] CEDH à la p 11.

selon lui une évolution fondamentale de la finalité de réparation¹⁸⁵ vers une fonction sanctionnatrice. Dans l'affaire *Myrna Mack Chang c Guatemala* en 2003, la Cour avait en effet considéré que les violations commises par l'État étaient encore aggravées par le fait qu'elles s'inscrivaient dans une politique étatique systématique d'exécutions extrajudiciaires. Dans la mesure où de tels agissements n'avaient toujours pas fait l'objet d'enquête ni de répression, la Cour avait estimé qu'ils engageaient « *an aggravated international responsibility of the respondent State* »¹⁸⁶. De manière similaire, en 2004 dans l'affaire du *Massacre de Plan de Sanchez c Guatemala*, la Cour avait également pris en considération dans l'établissement des conséquences de la violation « *the gravity of the facts of the instant case and the situation of impunity in which they remain, the intensity of the suffering caused to the victims* »¹⁸⁷. En revanche, l'impact exact de cette aggravation de la responsabilité sur la réparation octroyée n'est pas clair, et semble surtout transparaître au niveau des mesures de réparation non-pécuniaires ordonnées par la Cour dans ces deux affaires, imposant essentiellement des obligations d'investigation et de poursuite des responsables, de réhabilitation des victimes et de diffusion de la condamnation.

Néanmoins, pour le juge Cançado Trindade, ces affaires révèlent un véritable dépassement de la fonction purement compensatoire de la réparation dans le contentieux international de protection des droits de l'homme. Il dénonce clairement l'obsolescence de la solution retenue dans l'affaire *Velasquez-Rodriguez* précitée¹⁸⁸, consistant à rejeter le caractère répressif de la réparation octroyée par la Cour. Pour justifier ses arguments, le juge avance dans un premier temps l'existence en droit international contemporain d'une évolution vers l'admission de la vocation répressive et dissuasive de la réparation. Pour autant, il ne révèle pas les fondements de ce constat. Il formule ensuite un argument finaliste, estimant que la vocation punitive de la réparation est essentielle à la réalisation de la justice et à la lutte contre l'impunité, et serait dès lors indispensable à la poursuite du but et de l'objet de la *Convention américaine* et du système interaméricain. Enfin, le juge considère que la dimension afflictive de la réparation est indispensable dans la mesure où elle bénéficie à la communauté dans son ensemble du fait de sa vocation dissuasive notamment, alors qu'une réparation strictement compensatoire ne concerne que la partie lésée. Selon lui, en effet, les violations particulièrement graves des droits de l'homme « *affect the basic values of the international community as a whole* »¹⁸⁹. À partir de ces éléments, le juge Cançado Trindade milite pour l'admission d'une conception mixte de la réparation octroyée par la Cour en accord avec l'évolution du droit international¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Opinion séparée du juge Cançado-Trindade dans l'affaire *Myrna Mack Chang*, *supra* note 183 au para 37.

¹⁸⁶ *Ibid* au para 139.

¹⁸⁷ Opinion séparée du juge Cançado-Trindade dans l'affaire *Massacre de Plan de Sanchez (Guatemala)*(2004), Arrêt sur les réparations, Inter-Am Ct HR (Sér C) n°116 au para 83 [*Massacre de Plan de Sanchez*].

¹⁸⁸ Opinion séparée du juge Cançado-Trindade dans l'affaire *Myrna Mack Chang*, *supra* note 183 au para 37.

¹⁸⁹ Opinion séparée du juge Cançado-Trindade dans l'affaire *Massacre de Plan de Sanchez*, *supra* note 187 au para 5.

¹⁹⁰ Opinion séparée du juge Cançado-Trindade dans l'affaire *Myrna Mack Chang*, *supra* note 183 au para 46.

Contrairement au principe posé par la Cour dans l'affaire *Velasquez-Rodriguez*, il estime que la réparation «*can perfectly well be both compensatory and punitive* »¹⁹¹.

Pour autant, lorsqu'il développe les conséquences qui doivent découler d'un tel changement de paradigme, il semble que le juge ne se réfère pas en réalité à la notion de dommages-intérêts punitifs au sens classique et strict retenu dans le cadre de cette étude. À partir du concept de «*punitive damages lato sensu* »¹⁹², il adopte en effet une acception large et finaliste du concept qui se réfère alors à des « obligations de faire »¹⁹³ [notre traduction] à visée afflictive. Pour le juge en effet:

*these forms of reparation [...] can well be deemed both compensatory and punitive in nature [...]. They have exemplary or dissuasive purposes, in the sense of preserving remembrance of the violations occurred, of providing satisfaction (a feeling of realization of justice) to the next of kin of the victim, and of contributing to ensure non-recidivism of said violations (even through human rights training and education)*¹⁹⁴.

En ce sens, les dommages-intérêts punitifs *lato sensu* tels que définis ici ne sont pas traduits en termes pécuniaires. Au contraire, il s'agit précisément pour le juge de mesures non-pécuniaires de réparation qui revêtent dans certaines circonstances un caractère répressif¹⁹⁵, et qui existeraient depuis de nombreuses années dans la jurisprudence de la Cour¹⁹⁶. En définitive, la qualification de dommages-intérêts punitifs ne repose dans ce cadre que sur la *finalité* des mesures en cause, et non sur leur *nature*. C'est ce que formule clairement le juge sous l'arrêt *Plan de Sanchez* en considérant que:

*whether the reparations ordered in this judgment of the Court are called punitive damages – which should evidently cause those who deny the existence of State crime to shudder – or “exemplary reparations” or any other expression of this type, their basic purpose remains the same: they recognize the extreme gravity of the facts, punish the State responsible for the grave violations committed, acknowledge the extreme sacrifice of the victims who died and alleviate the sacrifice of the surviving victims, and establish a guarantee of non-repetition of the harmful acts*¹⁹⁷.

Il semble par conséquent que l'évolution décrite par Antônio Augusto Cançado Trindade à propos de l'instauration d'une gradation dans la responsabilité de l'État pour violation de la *Convention américaine* ne corresponde pas à une reconnaissance de l'institution des dommages-intérêts punitifs, qui romprait avec leur rejet traditionnel dans la pratique internationale. Les mesures invoquées par le juge ne constituent pas en effet une indemnisation pécuniaire, caractéristique intrinsèque des dommages-intérêts punitifs, ce qu'il admet lui-même. En outre, l'intention punitive

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid* au para 52.

¹⁹³ *Ibid* au para 51.

¹⁹⁴ *Ibid* au para 50.

¹⁹⁵ *Ibid* au para 38.

¹⁹⁶ *Ibid* au para 51.

¹⁹⁷ Opinion séparée du juge Cançado-Trindade dans l'affaire *Massacre de Plan de Sanchez*, *supra* note 187 au para 25.

alléguée n'est pas aussi claire qu'il n'y paraît. Si la prise en compte par la Cour de l'aggravation du dommage stigmatise certainement le comportement de l'État, les conséquences qui en résultent peuvent se limiter à l'adaptation de la réparation à cette gradation sans pour autant représenter une « surcharge pénale ». Les arrêts *Myrna Mack Chang* et *Plan de Sanchez* se situent donc plutôt que sur le terrain de la *responsabilité aggravée*. Enfin, l'évolution du droit international sur laquelle le juge fonde son argumentation n'est pas détaillée. Compte tenu des développements récents du système international, en revanche, il semble qu'il fasse davantage référence à un mouvement de pénalisation de la responsabilité étatique plutôt qu'à l'instauration des dommages-intérêts punitifs qui semble encore irréaliste à l'heure actuelle. Il n'en demeure pas moins que les arguments et l'analyse du juge Cançado Trindade décrivent avec acuité la tendance en vigueur devant la Cour interaméricaine, quoiqu'elle ne corresponde toujours pas à l'émergence de dommages-intérêts punitifs *stricto sensu* dans le contentieux international.

2. L'ARGUMENT DU CARACTÈRE INTRINSÈQUEMENT PUNITIF DE LA SATISFACTION ÉQUITABLE

Plus récemment, dans le système européen de protection des droits de l'homme, le juge Paulo Pinto de Albuquerque milite également en faveur de la reconnaissance de l'existence des dommages-intérêts punitifs dans la jurisprudence de la Cour européenne, basant toutefois son argumentation sur des éléments différents. Il semble d'ailleurs que le juge se réfère au concept de dommages punitifs au sens strict, à la différence du juge Cançado Trindade. À l'occasion de deux affaires en 2013 et 2014, le juge européen développe dans deux opinions séparées son analyse des évolutions réalisées par la Cour en matière de réparation, qui consacrent selon lui l'existence des dommages punitifs, dépassant par conséquent le rejet de principe précédemment évoqué. Dans l'arrêt rendu sur la satisfaction équitable dans l'affaire *Trévalec c Belgique*¹⁹⁸, le requérant se plaignait de l'insuffisance de l'indemnisation de 170 182,01 euros qu'il avait reçue suite à d'importantes blessures infligées par les forces de police belge alors qu'il réalisait un reportage, en violation de l'article 2 de la *Convention européenne*¹⁹⁹. Devant la Cour, le requérant demandait que lui soit octroyée la somme de 503 839 euros supplémentaires, au titre de la réparation des différents préjudices matériels et moraux subis. Sans détailler les motifs de sa conclusion, la Cour ordonne que lui soit versée la somme de cinquante mille euros au titre du dommage moral²⁰⁰. Dans le second arrêt, à l'occasion de l'affaire *Chypre c Turquie*²⁰¹, là encore à propos de la satisfaction équitable, la Cour a fait suite à l'arrêt de 2001 sur le fond condamnant la Turquie pour de multiples violations de la *Convention européenne* résultant des opérations militaires de 1974²⁰². Après avoir

¹⁹⁸ *Trévalec c Belgique* (satisfaction équitable), n°30812/07, [2013] CEDH [*Trévalec c Belgique*, satisfaction équitable].

¹⁹⁹ *Trévalec c Belgique*, n°30812/07, [2011] CEDH au para 87 [*Trévalec c Belgique*].

²⁰⁰ *Trévalec c Belgique*, satisfaction équitable, *supra* note 198 au para 27.

²⁰¹ *Chypre c Turquie* (satisfaction équitable), [2014] CEDH [*Chypre c Turquie*, satisfaction équitable].

²⁰² *Chypre c Turquie*, n°25781/94, [2001] CEDH [*Chypre c Turquie*].

constaté que l'article 41 était applicable dans le cas de requêtes interétatiques contrairement aux arguments du défendeur, la Cour

juge raisonnable d'allouer au gouvernement chypriote les sommes globales de [30 000 000 euros] pour le dommage moral subi par les parents survivants des personnes disparues et de [60 000 000 euros] pour le dommage moral subi par les habitants enclavés dans la péninsule du Karpas, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe sur ces sommes²⁰³.

Si la Cour octroie dans ces affaires d'importantes sommes au titre de l'indemnisation du préjudice moral subi par les requérants, le juge Pinto de Albuquerque y voit une consécration sans équivoque de l'institution des dommages-intérêts punitifs.

Selon lui, en effet, la Cour aurait en réalité dépassé dans ces deux affaires le rejet formulé dans sa jurisprudence initiale. Il estime en outre que le paragraphe 9 de l'instruction pratique concernant la présentation des demandes de satisfaction équitable rappelant le principe selon lequel « la Cour n'a [...] pas jugé bon d'accueillir des demandes de dommages-intérêts catalogués comme "punitifs", "aggravés" ou "exemplaires" » ne serait plus en accord avec l'évolution de la pratique. Pour le juge en effet « l'octroi de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires est un fait dans la pratique de la Cour »²⁰⁴. Plus précisément, la juridiction européenne aurait depuis plusieurs années « réuni l'indemnisation punitive et l'indemnisation pour dommage moral, en punissant l'[E] tat défendeur dans le cadre de la réparation du dommage moral »²⁰⁵. Dès lors, l'indemnisation joue un rôle à la fois préventif et répressif, similaire à celui d'un recours pénal²⁰⁶. Cette vocation punitive de la satisfaction équitable doit donc selon le juge être assumée en termes clairs, pour contribuer

à l'évolution du droit de la responsabilité internationale de l'[E] tat et [faire] ainsi avancer la légalité internationale face aux gouvernements, autorités publiques et représentants de l'[É] tat non respectueux des droits de l'homme²⁰⁷.

Les dommages-intérêts punitifs décrits par le juge

sont établis dans le but de racheter les actions de l'auteur de l'acte illicite et d'empêcher la répétition de l'acte illicite par son auteur ou des tiers de s'en inspirer ; il ne s'agit pas d'une simple réparation du préjudice matériel et moral causé au demandeur, y compris d'un manque à gagner²⁰⁸

²⁰³ *Chypre c Turquie*, satisfaction équitable, *supra* note 201 au para 58.

²⁰⁴ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Trévalec c Belgique*, *supra* note 199 à la p 11.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid* à la p 12.

²⁰⁸ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Chypre c Turquie*, satisfaction équitable, *supra* note 201 à la p 25.

se rapprochant par conséquent de la définition retenue, quoique leur nature pécuniaire ne soit pas mentionnée. Enfin, le juge estime que de telles sanctions doivent être consacrées dans trois cas de figure. D'abord, concernant

les violations graves des droits de l'homme protégés par la [*Convention*] ou les [*protocoles additionnels*], notamment lorsqu'il y a de multiples violations simultanées, des violations répétées sur une longue durée ou une violation continue unique pendant une longue durée²⁰⁹ ;

ensuite, dans le cas de « la non-exécution délibérée et prolongée d'un arrêt de la Cour rendu à l'égard de la Partie contractante récalcitrante »²¹⁰ et enfin, lorsqu'est réalisée

une grave limitation des droits de l'homme dans le chef du requérant dans le but de supprimer, entraver ou restreindre son accès à la Cour ainsi que l'accès de la Cour au requérant, ou une menace d'une telle limitation²¹¹.

Au soutien de sa thèse, le juge Pinto de Albuquerque invoque une pluralité d'arguments reposant principalement sur la pratique de la Cour elle-même. Il évoque tout d'abord les cas où la Cour a pris en considération l'aggravation du dommage subi par le requérant du fait du comportement de l'État²¹². C'est notamment ce qui ressort des affaires *Oferta Plus S.R.L. c Moldova* de 2008 et *Ivantoc et autres c Moldova* de 2011, à l'occasion desquelles la Cour juge que l'inexécution d'un jugement interne en faveur du requérant²¹³ et le non-respect systématique des injonctions de la Cour par l'État défendeur²¹⁴ aggravent la situation du requérant, et semble en tenir compte dans le calcul de la réparation octroyée sans pour autant en justifier les modalités. Il s'agit néanmoins pour le juge d'une évolution indiscutable de la position de la Cour par rapport à l'arrêt *Lustig-Prean et Beckett c Royaume-Uni* rendu en 2000, dans lequel elle avait fermement rejeté la demande de dommage aggravé²¹⁵.

En outre, le juge invoque une série de précédents dans lesquels la Cour aurait octroyé aux requérants des dommages-intérêts punitifs, quoiqu'ils n'aient pas été qualifiés expressément comme tels. Il s'agirait des cas où la Cour octroie au requérant une indemnisation sans qu'il n'en ait fait la demande pour diverses raisons²¹⁶, à partir du « caractère absolu » du droit violé, du « caractère particulièrement grave des violations²¹⁷ », de la « gravité des violations »²¹⁸, de « l'importance fondamentale de

²⁰⁹ *Ibid* au para 18.

²¹⁰ *Ibid*.

²¹¹ *Ibid*.

²¹² Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Trévalec c Belgique*, *supra* note 199 à la p 11.

²¹³ *Oferta Plus SRL c Moldova* (satisfaction équitable), n°14385/04, [2008] CEDH au para 76.

²¹⁴ *Ivantoc et autres c Moldova et Russie*, n° 23687/05, [2011] CEDH au para 144.

²¹⁵ *Lustig-Prean et Beckett c Royaume-Uni* (satisfaction équitable), n° 31417/96 et 32377/96, [2000] CEDH au para 12.

²¹⁶ Voir notamment *X c Croatie*, n° 11223/04, [2008] CEDH au para 63; *Bursuc c Roumanie*, n°42066/98, [2004] CEDH au para 124; *Gorodnitchev c Russie*, n°52058/99, [2007] CEDH au para 142; *Rusu c Autriche*, n° 34082/02, [2008] CEDH au para 62; *Crabtree c République Tchèque*, n° 41116/04, [2010] CEDH au para 60.

²¹⁷ *Bursuc c. Roumanie*, n° 42066/98, [2004] CEDH au para 124.

ce droit » [notre traduction] manifestant selon le juge une intention clairement répressive. Dans d'autres cas évoqués, la Cour alloue une réparation pécuniaire au requérant alors qu'il n'en précisait pas le montant²¹⁹, ou encore lui octroie un montant supérieur à celui demandé²²⁰. Le juge mentionne également les cas d'indemnisation symbolique²²¹ ou de satisfaction dans des affaires où le requérant n'avait pas subi de préjudice personnel²²². Ainsi, le fait que la Cour accorde une indemnisation en définitive supérieure au montant demandé ou au préjudice actuellement souffert impliquerait qu'elle ne cherche pas uniquement dans ces affaires à replacer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si la violation n'avait pas eu lieu. Le juge estime que dans ces cas de figure

le but fondamental de cette réparation est donc de punir l'État auteur de l'acte répréhensible et d'empêcher la répétition du même schéma d'actions ou omissions répréhensibles par l'État défendeur et d'autres Parties contractantes à la [Convention]²²³.

Fort de ces constatations, Paulo Pinto de Albuquerque considère donc que la réparation octroyée par la CEDH va au-delà de la seule compensation des dommages causés au requérant, et que la satisfaction, pour être pleinement équitable, doit pouvoir englober des dommages et intérêts punitifs²²⁴.

Enfin, le juge évoque à l'instar d'Antônio Augusto Cançado Trindade l'existence d'une tendance internationale en faveur de la reconnaissance des dommages-intérêts punitifs. Il se réfère au soutien de cet argument à la pratique diplomatique et arbitrale,²²⁵ mais également au droit international du travail, au droit international privé, au droit de l'Union européenne²²⁶ et même au droit international des droits de l'homme, invoquant notamment les précédents interaméricains précités. Il dégage de ces constatations la conclusion selon laquelle

la Cour a été la pionnière d'une tendance internationale consistant à utiliser la satisfaction équitable pour prévenir les violations futures des droits de l'homme et punir les gouvernements auteurs d'actes répréhensibles²²⁷.

Le juge avance également l'argument de l'atteinte à la communauté internationale, estimant que l'octroi de dommages-intérêts punitifs se détache du

²¹⁸ *Gorodnitchev c. Russie*, n°52058/99, [2007] CEDH au para 142.

²¹⁹ Voir notamment *Celik et Yildiz c. Turquie*, n°51479/99, [2005] CEDH aux para 30-31; *Davtian c. Géorgie*, n° 73241/01, [2006] CEDH au para 70.

²²⁰ Voir notamment *Stradovnik c. Slovaquie*, n°24784/02, [2006] CEDH aux para 23-25.

²²¹ Voir notamment *Engel et autres c. Pays-Bas* (article 50), n°5100/71, 5101/71, 5102/71 5354/72, 5370/72, [1976] CEDH au para 10; *Vaney c. France*, n° 53946/00, [2004] CEDH au para 57.

²²² Voir notamment *SL c. Autriche*, n° 45330/99, [2003] I CEDH au para 52.

²²³ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, *supra* note 202, au para 13.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid* à la p 35 au para 15: le juge qualifie d'ailleurs la position de principe dans l'affaire du *Lusitania* d'opinion conservatrice est dépassée, et considère que le refus par la CDI de consacrer le dépassement de la fonction réparatoire de la responsabilité n'équivaut pas à un rejet des dommages punitifs.

²²⁶ *Ibid* au para 15.

²²⁷ *Ibid* au para 18.

schéma de la sanction classique difficile à transposer à des États souverains. Il s'agirait alors plutôt d'« une réponse indispensable et faisant autorité apportée par une juridiction internationale à l'État auteur de l'acte répréhensible »²²⁸, à l'occasion de laquelle la Cour s'exprime au nom de toutes les parties contractantes. Ce dernier argument traduit l'idée d'un dommage causé à la communauté dans son ensemble, qui justifierait la fonction répressive de la réparation.

En définitive, les arguments avancés par le juge Pinto de Albuquerque rejoignent dans une certaine mesure la thèse développée par le juge Cançado Trindade quant à l'idée d'une communauté internationale lésée dans son ensemble par les violations les plus graves des droits protégés, au-delà des seuls requérants, d'une tendance internationale vers cette reconnaissance, et de l'admission d'un caractère punitif de la réparation des violations. Pour autant, il semble que le premier pousse plus loin sa réflexion pour démontrer l'existence de dommages-intérêts punitifs au sens strict, et non plus d'une seule « pénalisation » de la responsabilité étatique en général. En revanche, s'il se réfère à des précédents d'indemnisation pécuniaire des requérants où le critère de la *nature* des dommages punitifs est respecté, l'*intention* punitive reste délicate à caractériser faute de précision de la Cour en ce sens. De plus, dans les affaires citées, la Cour annonçait explicitement octroyer les sommes en cause au titre de l'indemnisation d'un dommage moral. Il ne peut donc s'agir d'une surcharge pénale destinée uniquement à la punition de l'État responsable, d'autant plus que les sommes octroyées ne sont pas exorbitantes au regard des préjudices subis. Elles ne semblent pas dès lors excéder le montant de la réparation d'un point de vue objectif. Si le juge européen anticipe cette critique en considérant que le dommage punitif se confond avec la réparation du dommage moral, il devient dès lors impossible à distinguer et l'on devrait s'en remettre à l'appréciation aléatoire et spéculative de la volonté sous-jacente de la Cour dans toutes les réparations qu'elle octroie. Dès lors, si l'argument tiré de l'aggravation de la responsabilité semble, à la lumière des deux affaires précitées, bel et bien correspondre à une forme de dommage aggravé, il ne semble pas pour autant que les précédents invoqués par le juge puissent être assimilés à des dommages-intérêts punitifs au sens strict et conformément à la définition retenue dans cette étude. Ainsi, plutôt qu'une véritable résurgence des dommages-intérêts punitifs dans le contentieux international de protection des droits de l'homme, les arguments avancés par Paulo Pinto de Albuquerque semblent davantage faire état d'une évolution théorique et peut-être pratique vers l'admission d'un caractère mixte de la réparation, à la fois compensatoire et sanctionnatrice.

La pratique contemporaine des juridictions internationales de protection des droits de l'homme révèle certes un mouvement vers l'admission du caractère punitif de la satisfaction, mais ne fournit pas de preuve de l'instauration de dommages-

²²⁸ *Ibid.*

intérêts punitifs à cette fin. Il semble en réalité que la transposition de ce concept lui-même, à partir des droits internes, soit inadaptée au contentieux international ainsi qu'en témoignent les oppositions doctrinales à ce propos. Plus encore, une telle institution ne paraît pas forcément nécessaire dans l'ordre juridique international, dans la mesure où d'autres moyens de conférer à la réparation une fonction répressive existent. Le rejet initial de cette institution semble donc maintenu, mais cette exclusion n'implique pas, loin s'en faut, le rejet d'un caractère mixte de la satisfaction, à la fois réparatoire et répressif, qui semble même souhaitable, mais devrait reposer sur d'autres techniques. L'admission d'un tel caractère punitif de la réparation des violations les plus graves du droit international achèverait alors de démontrer le dépassement de l'incompatibilité originelle de la sanction à la société internationale.

En conclusion, cette confrontation de la théorie à la pratique internationale en matière de dommages-intérêts punitifs aura permis de mieux cerner la nature des interactions de ces derniers. Contrairement à d'autres domaines du droit qui ont pu être façonnés au préalable par la doctrine, l'impact du débat théorique sur la pratique semble minime sur la question des dommages-intérêts punitifs. L'existence de tels dommages en droit international est donc en premier lieu une question théorique, et elle ne semble pas avoir dépassé ce cadre, quoiqu'elle ait pu raviver le débat relatif à la nature punitive ou strictement compensatoire de la réparation en droit international.