

Non corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CR 2011/17 (traduction)

CR 2011/17 (translation)

Lundi 12 septembre 2011 à 10 heures

Monday 12 September 2011 at 10 a.m.

10

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte.

La Cour se réunit aujourd'hui afin d'entamer une semaine d'audiences en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*.

Je rappellerai que, la Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité italienne, l'Italie s'est prévalu du droit que lui confère le paragraphe 2 de l'article 31 du Statut de procéder à la désignation d'un juge *ad hoc* en l'affaire : elle a désigné M. Giorgio Gaja.

L'article 20 du Statut dispose que «[t]out membre de la Cour doit, avant d'entrer en fonction, en séance publique, prendre l'engagement solennel d'exercer ses attributions en pleine impartialité et en toute conscience». En vertu du paragraphe 6 de l'article 31 du Statut, cette disposition s'applique également aux juges *ad hoc*. Bien que M. Gaja ait déjà exercé les fonctions de juge *ad hoc* et qu'il ait fait une déclaration solennelle dans des affaires précédentes, le paragraphe 3 de l'article 8 du Règlement requiert qu'il fasse une nouvelle déclaration en la présente espèce.

Avant d'inviter M. Gaja à faire sa déclaration solennelle, je dirai, selon l'usage, quelques mots de sa carrière et de ses qualifications.

M. Giorgio Gaja, de nationalité italienne, est professeur à la faculté de droit de l'Université de Florence, dont il a été le doyen. Il a occupé, en tant qu'enseignant, de nombreux autres postes dans le monde entier, notamment à l'Institut universitaire européen et à l'Université de Paris I ; il a également enseigné à l'Académie de droit international de La Haye. M. Gaja est membre de la Commission du droit international depuis 1999 ainsi que de l'Institut de droit international. Il a exercé les fonctions de conseil du Gouvernement italien devant la Cour en l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* et a siégé en tant que juge *ad hoc* dans un certain nombre d'autres affaires : l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* ayant opposé la Serbie-et-Monténégro à l'Italie, l'affaire de la *Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*, l'affaire du *Différend territorial et maritime* entre le Nicaragua et la Colombie et l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (exceptions préliminaires)* entre la Géorgie et la Fédération de Russie.

J'invite maintenant M. Gaja à prendre l'engagement solennel prescrit par le Statut et demande à toutes les personnes présentes à l'audience de bien vouloir se lever. M. Gaja.

11

M. GAJA : «Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience.»

Le PRESIDENT : Je vous remercie. Veuillez vous asseoir. Je prends acte de la déclaration solennelle faite par M. Giorgio Gaja et le déclare dûment installé en qualité de juge *ad hoc* en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*.

*

Je rappellerai à présent les principales étapes de la procédure en l'espèce.

Le 23 décembre 2008, la République fédérale d'Allemagne a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la République italienne au sujet d'un différend ayant son origine dans des «violations d'obligations juridiques internationales» qu'aurait commises l'Italie «en ne respectant pas», dans sa pratique judiciaire, «l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne par le droit international».

Pour fonder la compétence de la Cour, l'Allemagne a invoqué dans sa requête l'article premier de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957.

Par ordonnance du 29 avril 2009, la Cour a fixé au 23 juin 2009 et au 23 décembre 2009, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire de l'Allemagne et du contre-mémoire de l'Italie ; ces pièces de procédure ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits. Le contre-mémoire de l'Italie comprenait une demande reconventionnelle «sur la question des réparations dues aux victimes italiennes de graves violations du droit international humanitaire commises par les forces du Reich allemand».

Par ordonnance du 6 juillet 2010, la Cour a décidé que la demande reconventionnelle de l'Italie était irrecevable comme telle au titre du paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement. Par la même ordonnance, elle a autorisé l'Allemagne à présenter une réplique et l'Italie, une duplique, et a fixé au 14 octobre 2010 et au 14 janvier 2011, respectivement, les dates d'expiration des délais

pour le dépôt de ces pièces de procédure ; celles-ci ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

12

Le 13 janvier 2011, la Grèce a, en vertu de l'article 62 du Statut, déposé au Greffe une requête à fin d'intervention en l'affaire. Dans sa requête, la Grèce déclare notamment qu'elle «ne souhaite intervenir à l'instance qu'en ce qui concerne les décisions rendues par ses propres cours et tribunaux (internes) sur des faits qui se sont produits durant la seconde guerre mondiale et exécutées ... par des juridictions italiennes». Elle indique en outre qu'elle «ne cherche pas à intervenir en tant qu'Etat partie à l'instance».

Par ordonnance du 4 juillet 2011, considérant qu'il était suffisamment établi que la Grèce «a[vait] un intérêt d'ordre juridique susceptible d'être affecté par l'arrêt qu'elle rendra[it] dans la procédure principale», la Cour a autorisé la Grèce à intervenir dans l'instance en tant que non-partie. La Cour a en outre fixé comme suit les dates d'expiration des délais pour le dépôt de la déclaration écrite et des observations écrites visées au paragraphe 1 de l'article 85 du Règlement : pour la déclaration écrite de la Grèce, le 5 août 2011, et pour les observations écrites de l'Allemagne et de l'Italie sur cette déclaration, le 5 septembre 2011.

La déclaration écrite de la Grèce ainsi que les observations écrites de l'Allemagne ont été dûment communiquées dans les délais ainsi fixés. Par une lettre en date du 1^{er} septembre 2011, l'agent de l'Italie a indiqué que la République italienne ne présenterait pas d'observations sur la déclaration écrite de la Grèce à ce stade de la procédure, mais qu'elle réservait «sa position et son droit d'aborder, le cas échéant, certains points soulevés dans [cette] déclaration ... au cours des audiences».

*

Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour, après s'être renseignée auprès des Parties, a décidé que des exemplaires des pièces de procédure et des documents annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale. Après avoir consulté les Parties et la Grèce, la Cour a décidé qu'il en irait de même pour la déclaration écrite de l'Etat intervenant et les observations écrites de l'Allemagne sur ladite déclaration. En

outré, conformément à la pratique de la Cour, l'ensemble de ces documents, sans leurs annexes, sera placé dès aujourd'hui sur le site Internet de la Cour.

*

13

Je constate la présence à l'audience des agents, conseils et avocats des deux Parties et de la Grèce. Conformément aux dispositions relatives à l'organisation de la procédure arrêtées par la Cour, les audiences comprendront un premier et un second tour de plaidoiries pour chacune des Parties et, pour la Grèce, un seul tour d'observations orales sur l'objet de son intervention. L'Allemagne présentera son premier tour de plaidoiries ce matin et l'Italie, demain matin, chacune des Parties disposant d'un temps de parole de trois heures maximum. La Grèce interviendra après le premier tour de plaidoiries des Parties, soit le mercredi 14 septembre, entre 10 heures et 12 heures, afin de présenter ses observations orales sur l'objet de son intervention. Les Parties présenteront ensuite leur second tour de plaidoiries, l'Allemagne plaçant le jeudi 15 septembre, de 10 heures à 12 h 30, et l'Italie, le vendredi 16 septembre, de 14 h 30 à 17 heures. Les Parties se sont vu octroyer un temps de parole supplémentaire pour leur second tour de plaidoiries afin de pouvoir présenter leurs observations relatives à l'objet de l'intervention.

*

Compte tenu du temps consacré au discours d'ouverture, l'Allemagne — qui interviendra en premier — pourra si nécessaire, pour cette première audience du premier tour de plaidoiries, déborder quelque peu au-delà de 13 heures. Je donne maintenant la parole à S. Exc. Mme Susanne Wasum-Rainer.

Mme WASUM-RAINER :

1. Monsieur le président, mesdames et messieurs les juges, en tant que conseiller juridique du ministère fédéral des affaires étrangères de l'Allemagne, c'est un grand honneur pour moi de prendre la parole devant vous aujourd'hui au cours de la procédure orale en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, qui vous a été soumise par mon pays.

Nous sommes ici pour demander à la Cour de se prononcer sur des questions juridiques d'une grande importance, non seulement pour les Parties immédiates au litige, mais pour l'ordre juridique international dans son ensemble et pour son développement futur.

Nous demandons à la Cour de rendre une décision sur le principe de l'immunité de l'Etat, l'une des assises du droit international positif actuel.

14

Cette assise repose sur le principe de l'égalité souveraine des Etats, consacré par l'article 2, paragraphe 1, de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, et profondément enraciné depuis des siècles dans le droit international coutumier.

Un élément essentiel du principe de l'immunité de l'Etat est celui de l'immunité juridictionnelle, selon lequel, on le sait, les personnes physiques ne peuvent engager de poursuites devant les tribunaux d'un Etat contre un autre Etat à raison des actes *jure imperii* de ce dernier.

2. Le droit souverain à l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne a été enfreint par plusieurs décisions de tribunaux italiens.

Ces décisions ont été rendues à l'issue de procédures instituées à l'encontre de l'Allemagne par des personnes ayant subi des préjudices par suite de la seconde guerre mondiale.

Contrairement au droit international, ces demandes n'ont pas été rejetées par les tribunaux nationaux italiens au motif que ceux-ci étaient incompétents à l'égard d'*acta jure imperii* accomplis par les forces armées allemandes et d'autres autorités du III^e Reich.

La Cour de cassation italienne (*Corte di Cassazione*), reconnaissant expressément qu'elle souhaitait *développer le droit* et fonder sa décision sur une règle «*en gestation*», n'a pas agi conformément au droit international *existant*. La Cour a affirmé que l'Allemagne avait renoncé à son immunité et elle a appliqué sa nouvelle doctrine à des événements datant de plus de soixante ans.

Le Gouvernement italien a tenté de persuader la *Corte di Cassazione* de quitter cette voie erronée, mais il n'a pu renverser ce courant de jurisprudence.

3. Nos deux gouvernements, celui de l'Italie et celui de l'Allemagne, sont donc d'avis que seule une décision d'autorité de la Cour internationale de Justice nous aidera à sortir de cette impasse et «contribuera à faire la lumière sur cette question complexe», pour reprendre les termes

utilisés par nos deux ministres des affaires étrangères dans leur déclaration conjointe du 18 novembre 2008.

En tant que membres fondateurs de l'Union européenne, l'Allemagne et l'Italie coopèrent étroitement sur un grand nombre de questions européennes et internationales. Notre relation bilatérale est excellente et bien établie. L'Allemagne et l'Italie sont unies dans leur engagement en faveur des idéaux de la réconciliation, de la solidarité et de l'intégration.

15 4. C'est dans cet esprit de coopération que nous avons examiné les incidents horribles qui sont survenus au cours de la seconde guerre mondiale. Par exemple, nos ministères des affaires étrangères ont créé une commission germano-italienne indépendante d'historiens chargée d'examiner de façon ouverte et détaillée le passé lié à la guerre entre l'Allemagne et l'Italie et le sort des internés militaires italiens, en tant que «contribution à la création d'une culture commune du souvenir». Cette commission a commencé ses travaux en mars 2009.

Monsieur le président, permettez-moi de rappeler les termes utilisés par nos ministres des affaires étrangères dans leur déclaration conjointe, termes qui méritent d'être soulignés à l'ouverture de la présente audience.

«[C]onjointement avec l'Italie, l'Allemagne reconnaît pleinement les souffrances indicibles infligées aux hommes et femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens, et entretient le souvenir de ces événements horribles.»

5. L'Allemagne démocratique apparue à la fin de la dictature nazie a constamment exprimé son plus profond regret face aux violations grossières du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes et reconnaît pleinement les souffrances infligées au peuple italien pendant la période qui s'est écoulée entre septembre 1943 et la libération de l'Italie en mai 1945.

Dans ce cadre, le Gouvernement allemand, en coopération avec le Gouvernement italien, a fait plusieurs gestes en faveur des victimes et de leurs familles.

Plus particulièrement, l'Allemagne a conclu les deux accords du 2 juin 1961, au titre desquels des paiements considérables ont été versés à l'Italie, en dépit du fait que l'Italie avait explicitement renoncé à toute réclamation contre l'Allemagne dans le traité de paix conclu avec les puissances alliées victorieuses en 1947.

Au nombre des gestes politiques, je citerai la visite conjointe des ministres des affaires étrangères Steinmeier et Frattini au site commémoratif de l'ancien camp de concentration de la *Risiera di San Sabba*, près de Trieste, en novembre 2008, où la commission d'historiens germano-italienne a été fondée.

Récemment, en octobre 2010, les membres de la commission d'historiens ont visité le camp de travail forcé de Niederschöneweide (près de Berlin) où un grand nombre d'internés militaires italiens furent détenus.

Cette visite a été coordonnée par le ministère fédéral des affaires étrangères et l'ambassade d'Italie à Berlin.

A. Les faits

6. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, permettez-moi de rappeler les faits de l'affaire dont vous êtes saisis en guise d'introduction à la présentation détaillée de nos moyens de droit.

16

L'affaire tire son origine de la désormais fameuse décision *Ferrini* rendue par la *Corte di Cassazione* en 2004. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que les tribunaux italiens avaient compétence pour connaître d'une demande dirigée contre l'Allemagne à l'égard d'*acta jure imperii*.

Le plaignant était un citoyen italien qui avait été déporté en Allemagne au cours de la seconde guerre mondiale et y avait été astreint au travail forcé. L'Allemagne avait alors invoqué le principe de l'immunité de l'Etat devant les tribunaux italiens, qui ont rejeté cet argument.

A cette époque, en 2004, l'on ne savait pas si cette affaire demeurerait un cas isolé ou si elle était annonciatrice d'une nouvelle tendance. Après cette décision, cependant, un grand nombre d'autres demandes ont été introduites par des citoyens italiens qui avaient aussi été astreints au travail forcé en Allemagne.

7. En 2008, quatre ans plus tard, la Cour de cassation italienne a confirmé dans plusieurs décisions le jugement rendu en l'affaire *Ferrini*, et déclaré que les tribunaux italiens pouvaient exercer leur juridiction à l'égard de réclamations introduites contre l'Allemagne à raison d'*acta jure imperii*. Les faits relatifs à ces affaires étaient analogues à ceux de l'affaire *Ferrini*.

Pour résumer, dans ses ordonnances du 29 mai 2008 dans les affaires *Maietta et Mantelli*, la Cour de cassation a déclaré que l'immunité des Etats étrangers à l'égard d'actes *jure imperii* pouvait être considérée comme abrogée lorsqu'il s'agissait d'actes pouvant être considérés comme des crimes contre l'humanité.

8. Les poursuites engagées par des Italiens qui avaient été déportés en Allemagne et astreints au travail forcé ne représentent qu'une catégorie des poursuites intentées contre l'Allemagne devant des tribunaux italiens.

D'autres affaires concernent des massacres commis par la *Wehrmacht*, ou forces armées allemandes, en Italie. Une affaire représentative de cette catégorie est l'affaire *Milde*, à l'occasion de laquelle la Cour de cassation a déclaré à nouveau, dans son arrêt du 21 octobre 2008, que l'Allemagne ne pouvait invoquer l'immunité.

9. Une troisième catégorie d'affaires concerne les tentatives faites en Italie pour obtenir l'exécution d'une décision d'un tribunal grec.

En 1995, les parents des victimes d'un massacre perpétré par les forces armées allemandes à Distomo, en Grèce, ont intenté une action en réparation contre l'Allemagne.

En 1997, un tribunal régional de Livadia a jugé que l'Allemagne était responsable, en dépit du principe de l'immunité de l'Etat, et le 4 mai 2000, l'*Areios Pagos* (la Cour suprême grecque) a confirmé cette décision.

17

Le ministre grec de la justice ayant refusé d'autoriser l'exécution de cette décision en Grèce à l'encontre de biens allemands, les plaignants ont cherché à obtenir satisfaction par d'autres voies. Après l'affaire *Ferrini*, en 2004, l'Italie semblait une option prometteuse. De fait, la cour d'appel de Florence a déclaré la décision de Distomo exécutoire en Italie le 2 mai 2005.

Telle est la situation aujourd'hui.

J'ajouterai que le déroulement de la présente procédure n'est pas passé inaperçu. Bien au contraire. Un grand nombre d'autres demandes ont été présentées devant les tribunaux italiens et attendent d'être résolues. Au total, quelque quatre-vingts instances, représentant près de cinq cents plaignants, sont pendantes.

B. Conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation

10. La jurisprudence de la Cour de cassation italienne et sa négation rétrospective de l'immunité souveraine — si elles étaient maintenues — auraient des conséquences d'une portée considérable.

Dès lors que l'on aura admis une exception au principe de l'immunité de l'Etat, il ne sera pas possible de limiter ces exceptions aux violations du droit international humanitaire. Ce ne sera qu'une question de temps pour que *d'autres* aspects de la conduite *jure imperii* ne soient jugés par des tribunaux internes.

Pourtant, la base de l'immunité de l'Etat ne se trouve pas dans le caractère de la norme juridique qui a été prétendument violée, mais dans le caractère de l'acte en tant qu'acte d'Etat qui ne peut, de par sa nature même, être assujéti à la juridiction d'un autre Etat.

En conséquence, une fois qu'une brèche aura été effectuée dans l'immunité de l'Etat, rien n'empêchera d'élargir les exceptions à tout un éventail d'autres domaines.

Les conséquences d'une telle situation seraient graves :

Premièrement, tout le système établi après la seconde guerre mondiale pour réparer les préjudices causés par la guerre, et qui a servi de base à des versements et à des réparations importants, serait compromis et pourrait être remis en cause devant des tribunaux internes.

Cela toucherait non seulement les actes des responsables allemands, mais également les actes de tous les autres participants de la guerre, qu'ils aient été alliés de l'Allemagne (comme l'Italie) ou adversaires.

En deuxième lieu, tous les règlements de paix interétatiques conclus après un conflit armé seraient mis en danger si l'on autorisait les tribunaux internes à réexaminer et à rouvrir ces accords.

18 Ces conséquences ne toucheraient pas seulement les accords de paix conclus à la suite de conflits passés. Elles mettraient également en péril la conclusion d'accords de paix futurs, dont la validité et la fiabilité seraient des plus contestables.

En troisième lieu, l'ordre juridique international serait gravement affaibli.

Si les tribunaux internes pouvaient prononcer des jugements sur des Etats étrangers, cela pourrait entraîner des décisions divergentes, voire contradictoires. Les plaignants chercheraient les tribunaux internes les plus favorables.

De fait, la présente affaire montre bien que ce scénario est d'ores et déjà réel. La jurisprudence de la Cour de cassation italienne a attiré des plaignants grecs qui n'avaient pas obtenu gain de cause en Grèce en raison de l'immunité de l'Etat — et la Cour de cassation italienne a ordonné l'exécution en leur faveur d'un jugement à l'encontre de biens d'Etat allemands, même si l'affaire n'avait aucun lien avec l'Italie.

Si le principe de l'immunité de l'Etat était ainsi sapé, la procédure judiciaire, loin de servir à régler des différends, aboutirait à leur multiplication et au désordre juridique.

Si les tribunaux internes de tous les Etats étaient libres de juger les actes d'Etats étrangers, le droit international serait mis en miettes et, bien entendu, politisé. Il cesserait d'être la recherche d'un équilibre impartial entre les intérêts et perdrait, de ce fait, son autorité.

11. Monsieur le président, c'est bien là le cœur de la présente affaire. Cette affaire, en effet, n'a pas pour objet la seconde guerre mondiale, les violations du droit international humanitaire commises pendant la guerre et la question des réparations. Vous l'avez confirmé l'an dernier dans votre ordonnance du 6 juillet lorsque vous avez écarté comme irrecevable la demande reconventionnelle de l'Italie.

12. Monsieur le président, des crimes indicibles ont été commis par des Allemands au cours de la seconde guerre mondiale.

L'Allemagne est tout à fait consciente de sa responsabilité à cet égard.

Ces crimes étaient uniques, comme l'ont été les instruments et les mécanismes d'indemnisation et de réparation — financiers, politiques et autres — créés et mis en œuvre par l'Allemagne depuis la fin de la guerre.

Nous ne pouvons refaire l'histoire. Si les victimes ou les descendants des victimes croient que ces mécanismes n'étaient pas suffisants, nous le regrettons sincèrement.

19

Cependant, les mécanismes d'indemnisation et de réparation ne sont pas l'objet du présent différend.

C. L'équipe allemande

13. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, nos arguments juridiques seront présentés en détail par mes collègues juristes.

Permettez-moi, Monsieur le président, de vous les présenter :

- M. Christian Tomuschat, ancien membre et président de la Commission du droit international, professeur émérite de droit international public à l'Université Humboldt de Berlin ;
- M. Andrea Gattini, professeur à l'Université de Padoue ; et,
- M. Robert Kolb, professeur à l'Université de Genève.

D. Argumentation

14. Qu'il me soit maintenant permis de vous indiquer la structure de nos exposés.

D'abord, M. Tomuschat analysera les lacunes de la décision *Ferrini* rendue par la Cour de cassation italienne en 2004. Il soulignera que la cour a outrepassé son rôle judiciaire en essayant de récrire et de développer le droit international.

Il prouvera en outre que l'immunité de l'Etat à l'égard d'actes *jure imperii* ne souffre aucune exception.

15. Ensuite, M. Gattini s'arrêtera sur *l'exception en matière de responsabilité délictuelle dans le droit relatif à l'immunité de l'Etat*, étant donné que l'Italie tente de s'appuyer dans son argumentation sur cette exception pour justifier l'approche «novatrice» de la Cour de cassation.

M. Gattini démontrera que cette exception en matière de responsabilité délictuelle ne s'applique pas à la conduite des forces armées pendant un conflit armé et n'est donc d'aucun secours ici.

Il portera ensuite son attention sur un deuxième moyen, invoqué par nos éminents collègues italiens dans leurs écritures, moyen que l'on pourrait appeler l'«argument de nécessité». M. Gattini montrera que cet argument, selon lequel les tribunaux italiens *devaient* agir de cette manière par nécessité, est erroné.

16. M. Kolb examinera pour sa part deux autres aspects de l'affaire :

Il traitera d'abord du caractère du *jus cogens*, concept abondamment invoqué par l'Italie, et démontrera que l'Italie fait une utilisation fallacieuse de ce concept dans son argumentation.

20

Il exposera ensuite les conséquences de la décision de la Cour de cassation italienne. Comme je l'ai déjà mentionné, votre arrêt en cette affaire est susceptible d'avoir des répercussions bien au-delà de l'Allemagne et de l'Italie. M. Kolb indiquera ses effets possibles dans différents

domaines, allant de la déstabilisation des accords de paix à l'incitation à la recherche d'un tribunal favorable.

17. Enfin, je conclurai la plaidoirie de l'Allemagne par un très bref résumé des principaux aspects de notre argumentation.

Monsieur le président, je vous prie respectueusement de donner la parole à mon éminent collègue, M. Christian Tomuschat.

Le PRESIDENT : Je remercie Mme l'ambassadeur Susanne Wasum-Rainer de sa déclaration. Je donne maintenant la parole à M. Christian Tomuschat.

M. TOMUSCHAT :

A. Introduction

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, l'Allemagne comparait aujourd'hui devant vous dans le cadre d'un différend que seule une décision de la plus haute instance judiciaire du monde saurait résoudre. Vous connaissez bien le contexte de la présente affaire. Mme Wasum-Rainer vous en a, à l'instant, rappelé les grandes lignes. Certes, un règlement négocié aurait peut-être été préférable. Mais le Gouvernement italien n'a pas été en mesure de rappeler ses tribunaux à l'ordre, notamment en ce qui concerne la *Corte di Cassazione*. Dans un Etat de droit, les tribunaux sont indépendants et l'exécutif ne saurait les forcer à obéir à ses ordres. Ils ne sont soumis qu'à la loi. En pratique, cela signifie qu'ils se conforment à la loi telle qu'ils la perçoivent et l'interprètent. En Italie, les règles générales du droit international font également partie du corps de règles juridiques applicables par les tribunaux nationaux. La constitution prévoit expressément, au paragraphe 1 de son article 10, que «le système juridique italien se conforme aux principes généralement reconnus du droit international». Ainsi, les décisions rendues par les tribunaux italiens n'auraient en principe jamais dû amener des Etats étrangers à se plaindre d'empiètement sur leurs droits souverains. Cela a malheureusement été et est toujours le cas, au détriment de l'Allemagne.

I. En s'érigeant en législateur, la cour de cassation italienne s'est arrogé un rôle politique

2. Dans la célèbre affaire *Ferrini* qui a été évoquée tout à l'heure¹, la *Corte di Cassazione* s'est délibérément écartée des règles bien établies du droit international coutumier en refusant d'admettre l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne alors que des actes *jure imperii* étaient en cause. Dans ce premier arrêt, la cour de cassation reconnaissait déjà ouvertement son intention de créer une nouvelle règle, au motif que la règle traditionnelle était inopportune car contraire aux valeurs fondamentales de la communauté internationale². En fait, la *Corte di Cassazione* n'a pas pu citer la moindre décision judiciaire à l'appui de sa position, outre un arrêt de la cour de cassation grecque (*Areios Pagos*) dans l'affaire *Distomo*³, qui, deux ans après avoir été rendu, a été infirmé par la Cour constitutionnelle grecque dans l'affaire *Margellos*⁴, et quelques décisions prononcées aux Etats-Unis sur le fondement de l'«Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act» de 1996, qui est dépourvue de toute pertinence dans le présent contexte. En fait, la cour de cassation a, à plusieurs reprises dans des décisions ultérieures, fait savoir encore plus ouvertement qu'elle considérait que son mandat judiciaire lui conférait notamment la mission de réformer fondamentalement le régime de l'immunité juridictionnelle à la lumière de l'exigence de justice et de bon ordre dans les relations internationales. Loin de cacher ses intentions, elle a déclaré avec le zèle du missionnaire qu'elle avait «conscience de contribuer ainsi à l'émergence d'une règle définissant l'immunité de l'Etat étranger»⁵, qu'elle considérait déjà comme «partie intégrante de l'ordre juridique international». En d'autres termes, la Cour de cassation italienne souhaitait modifier unilatéralement le droit international sans dûment tenir compte du fait que la pratique et la jurisprudence internationales n'avaient pas accepté des raisonnements similaires.

3. En premier lieu, c'est un truisme de dire que le juge national n'est pas appelé à modifier le droit international. Son véritable mandat consiste à appliquer le droit de façon consciencieuse et objective. Les préférences et aspirations personnelles et subjectives ne devraient pas déterminer la

¹ Arrêt du 11 mars 2004, *International Law Reports* (ILR), vol. 128, p. 658.

² *Ibid.*, p. 665, par. 7.

³ Arrêt du 4 mai 2000, *ILR*, vol. 129, p. 513.

⁴ Arrêt du 17 septembre 2002, *ILR*, vol. 129, p. 526.

⁵ Ordonnance du 29 mai 2008 ; mémoire de l'Allemagne, annexe 13, p. 7.

22

substance d'une décision que le juge a été chargé de rendre. Assurément, le droit international n'est pas un corps de règles statique. Les tribunaux nationaux ont bien souvent ouvert la voie à l'évolution des règles de droit international, notamment dans le domaine de l'immunité de l'Etat. Mais en règle générale, ils ont ainsi exprimé des courants et tendances profonds émanant des acteurs légitimes des relations internationales. Ainsi, l'arrêt *Trendtex*⁶, rendu au Royaume-Uni, dans lequel pour la première fois, sous l'autorité de Lord Denning, une action dirigée contre un organisme public étranger a été déclarée recevable, était l'aboutissement d'une longue chaîne d'évolutions jurisprudentielles caractérisées par le fort soutien politique qu'elles avaient reçu. Les juges ne sauraient anticiper les tendances, leur mandat ne leur permet pas d'agir comme des organes législatifs en vue de promouvoir des objectifs politiques. Le droit international tire son autorité du consensus existant au sein de la communauté internationale. C'est fort justement que l'article 38 du Statut de la Cour dispose que les règles coutumières sont fondées sur «une pratique générale acceptée comme étant le droit». Le droit international sombrerait dans l'anarchie si n'importe quelle personne amenée à traiter des questions de droit international pouvait prétendre à la légère que telle règle doit être écartée au motif qu'elle ne s'intègre pas dans un système dont les valeurs essentielles sont la paix et la justice. Il est vrai que c'est la pratique qui va de l'avant, sous l'impulsion de ces notions-clés qui orientent toutes les actions et activités dans les relations internationales. Mais encore faut-il que la pratique se soit cristallisée. Au lieu de cela, la *Corte di Cassazione* est partie comme un éclair, appelant toutes les nations à la suivre et à la soutenir. Or rien de tel ne s'est produit. Plus de sept années après son révolutionnaire arrêt *Ferrini* — que nous nous abstenons à dessein de qualifier de «précurseur» — la Cour de cassation demeure isolée ou, pour dire les choses plus crûment, elle est enfermée dans son splendide isolement.

4. Le grand avantage du droit jurisprudentiel est qu'il incite les juges à se concentrer sur l'affaire qui leur est soumise. Ils font de leur mieux pour rendre justice aux parties à l'instance. Les spécificités de l'affaire concernée sont méticuleusement étudiées. Il semble que telle ait été en général l'approche adoptée par les juges de la plus haute instance italienne en matière civile dans l'affaire *Ferrini* et dans les procédures ultérieures similaires. Tenant compte de la souffrance du

⁶ Cour d'appel, *ILR*, vol. 64, p. 111 ; *ILM* (1977), vol. 16, p. 471.

demandeur, qui n'est pas contestée, ils n'ont pas pris la peine d'analyser les raisons sous-jacentes à la règle de l'immunité de l'Etat, qu'ils ont considérée comme un pur détail technique, et ne se sont pas souciés des conséquences systémiques de leur jurisprudence.

23 II. L'absence de lien automatique entre le droit substantiel et le droit procédural

5. Premièrement, pas un seul mot n'a été dit sur le fait de savoir s'il est bien logique de déduire de la gravité d'une violation du droit international, une violation du droit substantiel, que les juges nationaux devraient être habilités à statuer sur des demandes en indemnisation d'ordre privé. Il convient de distinguer soigneusement entre les règles de conduite primaires et les règles de droit secondaires correspondantes qui en régissent les conséquences procédurales. La Cour a invariablement affirmé que les arguments tirés de la violation alléguée d'obligations *erga omnes* ou de règles de *jus cogens* n'entament en rien le principe du consentement, qui est fondamental pour le règlement pacifique des différends internationaux. Se référant à l'arrêt qu'elle avait rendu en l'affaire du *Timor oriental*, elle a de nouveau affirmé dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* que «le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère ... ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître» (*arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 32, par. 64 ; voir également p. 35, par. 78, p. 52, par. 125).

6. Il s'agit-là d'une proposition fondamentale du droit international contemporain, qui est généralement respectée de nos jours. Ainsi, très récemment, la Géorgie a pris soin de fonder sa requête contre la Fédération de Russie sur la clause juridictionnelle figurant à l'article 22 de la CIEDR, se réservant le droit d'invoquer à titre subsidiaire l'article IX de la convention sur le génocide⁷. Elle n'a pas tenté de fonder directement la compétence de la Cour sur les violations massives des droits de l'homme qu'elle accusait les forces militaires russes d'avoir commises. Même lorsque des accusations graves sont portées contre un autre Etat, les modalités du règlement pacifique du différend ne sont pas prédéterminées. Les Etats décident librement des modalités qu'ils estiment appropriées et adéquates. Les deux parties, le demandeur et le défendeur, doivent être d'accord. Même un Etat accusé d'avoir commis de graves violations du droit international des

⁷ Affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, arrêt du 1^{er} avril 2011, par. 1.

droits de l'homme et du droit international humanitaire — ou même qui a admis avoir commis de telles violations — demeure un Etat souverain qui ne saurait être privé des prérogatives que lui confère le droit international. Le paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies n'impose aucune modalité spécifique pour régler les conséquences d'un fait internationalement illicite. Seul le Conseil de sécurité a le pouvoir d'imposer des modalités particulières de réparation, ce qu'il a fait de manière particulièrement notable lorsque, à propos de la responsabilité de l'Irak pour l'invasion du Koweït, il a décidé que le pays agresseur était

24

«responsable, en vertu du droit international, de toute perte, de tout dommage — y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles — et de tous autres préjudices directs subis par des Etats étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït»⁸.

7. Le même raisonnement, à savoir l'impossibilité de déduire directement d'une violation du droit substantiel les remèdes disponibles, s'applique avec encore plus de force lorsqu'on tente de faire admettre que des juges nationaux devraient être chargés de régler un différend international. Bien entendu, la Cour internationale de Justice jouit du plus haut degré de confiance et de fiabilité dans l'arène internationale. Son impartialité et son objectivité ne sauraient être mises en doute. On ne peut malheureusement pas en dire autant des juges nationaux même lorsqu'ils tentent très sincèrement et en toute conviction d'agir sans le moindre préjugé ou parti pris. D'un point de vue institutionnel, ils sont par nécessité une composante de la structure étatique du pays au nom duquel ils rendent leurs décisions. Durant toute leur vie professionnelle, ils ont été baignés dans la culture juridique propre à leur pays. Le droit international n'est pas leur principal domaine de compétence. De surcroît, ils sont inévitablement exposés à l'opinion et aux pressions de l'électorat national. La population dans son ensemble s'attend généralement à ce qu'un juge appelé à trancher un différend opposant un demandeur à un Etat étranger défende résolument l'intérêt national tel qu'elle le perçoit.

8. Je n'entends pas insinuer par ces développements que les juges nationaux ne seront jamais capables de rendre de bonnes décisions dans des affaires ayant un aspect conflictuel opposant l'Etat dont le juge est ressortissant à un Etat étranger. Mais il est tout à fait clair que le juge national

⁸ Résolution 687 (1991), par. 16.

n'offre pas, d'un point de vue institutionnel, les mêmes garanties de neutralité et d'objectivité que le juge international, surtout lorsque ce dernier siège à la Cour internationale de Justice. Par conséquent, puisque la logique institutionnelle du droit international rejette même la compétence de la Cour lorsque des allégations de violation d'obligations *erga omnes* ou de règles de *jus cogens* sont en jeu, il est encore moins justifié de soutenir que les tribunaux nationaux sont compétents dans des affaires où de telles accusations doivent être abordées. Ainsi, passer de l'affirmation qu'un crime international a été commis à la conclusion que, par dérogation au principe traditionnel de l'immunité juridictionnelle de l'Etat à raison de ses actes *jure imperii*, les juges nationaux peuvent se déclarer compétents, est un saut arbitraire dépourvu de tout fondement juridique. Mon collègue Robert Kolb présentera d'autres arguments à ce sujet un peu plus tard.

25

III. La méconnaissance du contexte systémique

9. Il convient cependant de mettre en exergue dès ce stade précoce des plaidoiries de l'Allemagne un aspect spécifique de cette affaire. Pour trancher un différend entre deux individus parties à un litige, il peut suffire au juge national d'examiner les faits particuliers de l'espèce et de tenter de trouver un équilibre en tenant uniquement compte des intérêts des parties à l'instance tels qu'ils se sont fait jour au cours de la procédure. Toutefois, la *Corte di Cassazione* plaide pour un changement systémique du fonctionnement du droit international. Je viens juste de montrer que la proposition sur laquelle l'arrêt *Ferrini* est fondé sape le principe du consentement qui est au cœur du règlement des différends internationaux. Le droit international tel qu'il s'applique entre Etats souverains ne permet pas de prendre unilatéralement des initiatives individuelles. En pratique, l'opinion de la *Corte di Cassazione* signifierait que, après un conflit armé au cours duquel des crimes internationaux ont été perpétrés, chaque camp ayant participé au conflit pourrait statuer de façon autoritaire sur les délits qu'il estime attribuables à l'adversaire. Cette conséquence est en contradiction avec les principes fondamentaux du *jus contra bellum* et du *jus in bello*. Les parties aux quatre conventions de Genève de 1949 ont pris soin d'éviter d'attribuer compétence à la Cour à l'égard de tels différends. Elles sont convenues que les auteurs d'«infractions graves» aux conventions devraient être punis, créant même à cette fin le principe de la compétence universelle. Toutefois, en dehors de cela, la principale avancée en termes procéduraux a été la création, en

26

1977, de la commission internationale d'établissement des faits, en vertu de l'article 90 du protocole additionnel n° 1 aux conventions de Genève. Bien qu'elle soit devenue opérationnelle en 1991, cette commission n'a jusqu'à présent jamais été chargée d'enquêter sur des accusations d'infractions graves aux conventions qui auraient été commises pendant un conflit. Cela montre très clairement que les Etats considèrent que la mise en œuvre de mesures procédurales appropriées après un conflit armé relève de leur seul pouvoir de décision. De fait, c'est une banalité de dire que les dommages de guerre ne peuvent être réparés que par accord mutuel — ou sur la base d'une résolution appropriée du Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En résumé, la *Corte di Cassazione* veut révolutionner le mécanisme de fonctionnement et d'exécution du droit international, en décrétant que, lorsque la gamme des remèdes disponibles semble présenter une lacune, les juges nationaux devraient tout simplement combler ce vide : elle a tort.

IV. L'assimilation erronée de l'immunité personnelle avec l'immunité de l'Etat

10. Un autre des vices fondamentaux de la jurisprudence *Ferrini* tient à l'argument, avancé sans ambages par les juges de la Cour de cassation italienne, selon lequel l'immunité personnelle et l'immunité de l'Etat devraient être traitées de la même manière. Ceux-ci ont déclaré que, dans les cas où les agents de l'Etat ayant commis des crimes internationaux sont déchus de toute immunité, «il n'exist[ait] aucune raison valable de maintenir, dans les mêmes circonstances, l'immunité de l'Etat et, ce faisant, d'empêcher la justice d'un autre Etat d'apprécier la responsabilité de celui-ci à l'égard de ces crimes»⁹ [traduction du Greffe].

11. C'est précisément ce raisonnement qui révèle que les juges n'avaient pas conscience des particularités propres au régime juridique applicable aux crimes internationaux. Depuis que les puissances victorieuses de la seconde guerre mondiale ont pris la décision historique d'établir des tribunaux pénaux internationaux chargés de poursuivre les grands criminels de guerre des puissances de l'Axe, la responsabilité pénale directe en droit international constitue une notion juridique unanimement acceptée. Si, pendant plus de quarante ans, des doutes ont pu subsister quant au point de savoir si la pratique viendrait consolider définitivement les précédents de

⁹ Voir *supra*, note 1, p. 674, par. 11.

Nuremberg et de Tokyo, le Conseil de sécurité a balayé ces doutes une fois pour toutes en 1992 et en 1993 en créant les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission du droit international en 1996, a exposé la raison d'être et la justification de cette subordination de l'individu au droit international pénal coutumier¹⁰. Cette évolution s'inscrit dans le droit fil des dispositions relatives à la compétence universelle qui figurent dans les conventions de Genève sur le droit international humanitaire. La communauté internationale estime nécessaire et utile que les personnes accusées d'avoir commis des crimes internationaux soient traduites devant la justice, quelle que soit leur fonction officielle dans le cadre du système de gouvernement de leur pays d'origine. Nous n'entendons pas ici entrer dans le détail. Chacun sait que les juridictions internes sont tenues de respecter les immunités traditionnelles des chefs d'Etat et des ministres de haut rang¹¹. En tout état de cause, toutefois, les personnes accusées de crimes internationaux doivent en principe être traduites en justice. Elles ne peuvent se prévaloir de leur immunité de fonction pour empêcher les instances judiciaires compétentes de jouer leur rôle.

12. L'immunité d'un Etat est une notion juridique tout à fait différente, pour de nombreuses raisons. Lorsqu'on évoque la responsabilité d'un Etat, il s'agit en fait de la responsabilité d'une population, dont de nombreux membres peuvent eux aussi avoir été victimes du régime qui a causé le préjudice par ses manquements au droit international. Ce point n'est pas très important lorsque la violation du droit international mise en cause est un cas isolé. Lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité d'un Etat à raison d'un conflit armé, en revanche, d'innombrables précautions sont nécessaires. La situation doit être considérée dans sa globalité. D'une manière générale, les instruments conventionnels sont tous basés sur une distinction claire et nette entre la responsabilité civile des Etats et la responsabilité pénale des particuliers. Depuis la création des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo en 1945 et l'adoption des quatre conventions de Genève de 1949, le fait de poursuivre les auteurs de graves crimes internationaux est devenu la norme pour la communauté internationale. Par opposition, ces mêmes quatre conventions de Genève de 1949 et les deux

¹⁰ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. II, deuxième partie, p. 17.

¹¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.

protocoles additionnels de 1977 ne renferment aucune disposition conférant compétence à la Cour internationale de Justice à l'égard des demandes de réparation. Les dispositions pertinentes, en particulier l'article 91 du premier protocole additionnel, prévoient simplement que toute violation des règles du droit humanitaire donne lieu à une obligation de réparation. Mais cette règle de fond n'a été assortie d'aucune clause attributive de compétence. En résumé, la distinction entre l'immunité personnelle à raison d'actes criminels et l'immunité de l'Etat est cruciale. Quiconque se fonde sur l'absence d'immunité personnelle *ratione functionis* pour écarter au même titre l'immunité de l'Etat ne se place pas dans les confins de l'ordre juridique international actuel mais tente d'en redessiner les contours, dont la raison d'être n'est pourtant nullement disparue.

28 13. Ainsi, nous touchons là encore au vice fondamental qui entache la jurisprudence *Ferrini* : les juges se sont arrogé le rôle de législateurs, dans l'espoir de remédier à une lacune structurelle du droit international, à savoir l'absence d'une panoplie complète de remèdes. Peut-être serait-il effectivement souhaitable de rendre le droit international plus efficace en complétant ses mécanismes de mise en œuvre. Mais pour l'heure, tel est l'état d'avancement du droit international. La situation a beaucoup évolué au cours des dernières décennies. En particulier, les institutions de la communauté internationale organisée ont gagné de nouveaux pouvoirs ou des moyens d'action plus efficaces. Depuis les années 1990, le Conseil de sécurité a eu la possibilité de jouer véritablement le rôle de garant de la paix et de la sécurité internationales avec l'accord des cinq puissances dotées du droit de veto. En outre, de nouveaux moyens ont été reconnus pour permettre aux Etats de défendre les intérêts de la communauté internationale sur la base des notions d'obligations *erga omnes* et de *jus cogens* (voir, en particulier, l'article 48 du texte de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat). Mais c'est tout autre chose que de prendre soi-même les choses en main, purement et simplement. Une telle démarche n'a aucune légitimité, pas même — et surtout — au regard du droit international tel qu'il se conçoit aujourd'hui, sous les auspices de la Charte des Nations Unies.

V. La compétence utilisée comme une contre-mesure ?

14. Les contre-mesures constituent certes une notion reconnue. Elles ont été intégrées aux articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat. Cela dit, elles ne

peuvent pas être utilisées de manière aléatoire. Selon l'article 49 du texte de la Commission, elles ne sont autorisées que pour amener un Etat responsable d'un fait internationalement illicite «à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie». Certaines conditions procédurales doivent également être remplies au préalable. Des contre-mesures basées sur les agissements graves commis par les forces d'occupation allemandes en Italie de septembre 1943 à mai 1945 doivent être catégoriquement écartées. La page de la seconde guerre mondiale est définitivement tournée, depuis 66 ans déjà, et l'Allemagne et l'Italie sont de solides partenaires au sein de l'Union européenne. De même, il serait parfaitement absurde de prétendre que la juridiction des tribunaux italiens pourrait être justifiée comme une contre-mesure pour répondre au manquement de l'Allemagne à son obligation de réparation. L'Allemagne n'a commis aucun manquement à cet égard et, pendant plus de quarante ans, depuis la conclusion des deux accords d'indemnisation de 1961 jusqu'au point d'orgue de l'affaire *Ferrini*, l'Italie ne lui a jamais adressé aucune déclaration en ce sens. Enfin, l'Italie n'a jamais soutenu que la compétence assumée par la Cour de cassation italienne était justifiée en droit à titre de contre-mesure.

VI. La pratique confirme la règle traditionnelle

29 15. Revenons-en maintenant à l'arrêt *Ferrini* puisque c'est cette décision qui a entraîné tout le système judiciaire italien sur un terrain glissant, au mépris des conseils de l'avocat général (*Avvocatura dello Stato*) qui, dans son exposé du 28 avril 2008¹², avait fait la lumière sur le raisonnement de la Cour de cassation en l'expliquant point par point avec une logique juridique rigoureuse et persuasive. L'Allemagne pourrait se borner à renvoyer à cet exposé qui est amplement convaincant. Pourtant, elle estime nécessaire de rappeler une fois encore les principaux points, ne serait-ce que de manière sommaire puisqu'une présentation plus détaillée figure dans le mémoire.

16. L'Allemagne invoque simplement la règle selon laquelle les Etats bénéficient d'une immunité de juridiction à l'égard des actions civiles intentées à leur encontre devant les tribunaux d'un autre Etat dès lors que le comportement incriminé engageant (prétendument) leur responsabilité internationale s'inscrivait dans le cadre de l'exercice de pouvoirs *jure imperii*. Il

¹² MA, annexe 12.

serait ennuyeux et fastidieux de revenir une énième fois ici sur la pléthore d'éléments de preuve qui étaye cette conclusion juridique. Nous ferons uniquement référence à la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens que l'Assemblée générale a adoptée dans le cadre de sa résolution 59/38 du 2 décembre 2004. Aux termes de l'article 5 de cette convention — je cite : «Un Etat jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat, sous réserve des dispositions de la présente Convention».

17. Cette règle ne souffre aucune exception dans le cas des actes souverains, des actes *jure imperii*. Mon collègue M. Andrea Gattini reviendra plus longuement par la suite sur la clause territoriale contenue à l'article 12 qui, comme il le démontrera, est dépourvue de pertinence dans la présente affaire. Il est vrai que la convention n'est pas encore entrée en vigueur ; à l'heure actuelle (août 2011), onze Etats l'ont ratifiée. Toutefois, la convention reflète *d'une manière générale* le droit coutumier — à quelques disparités géographiques près. Voilà pourquoi les Etats n'estiment pas urgent de la ratifier. Ils voient dans la convention l'expression des règles coutumières qui sont applicables de toute façon.

18. L'argument consistant à réduire la portée *ratione materiae* de la règle de l'immunité juridictionnelle dans le cas des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne repose sur aucun fondement valable. Il présuppose l'émergence d'une pratique en sens contraire qui tendrait à refuser l'immunité en pareils cas. Il est assez intéressant de relever qu'une telle pratique n'a pu être identifiée ni dans l'arrêt *Ferrini*, ni dans les ordonnances ultérieures rendues le 29 mai 2008 dans les affaires *Maietta et autres*. La Cour de cassation italienne évoque de manière relativement vague certaines «tendances» [traduction du Greffe], mais le seul élément réellement probant qu'elle soit parvenue à identifier est l'arrêt *Distomo* de la Cour de cassation grecque (*Areios Pagos*), abstraction faite des décisions américaines qui étaient licites dans l'ordre juridique interne des Etats-Unis en vertu de l'*Effective Death Penalty Act* de 1994 et qui étaient subordonnées à des conditions particulières, à savoir une certification du Secrétaire d'Etat américain attestant que l'Etat défendeur était un commanditaire du terrorisme. L'état du droit n'a pas changé à l'heure actuelle. La Cour de cassation a eu beau chercher un appui en dehors des frontières italiennes, la justice d'aucun autre Etat n'a positivement confirmé cette suggestion.

En fait, c'est tout le contraire. La Cour de cassation a fait référence à plusieurs reprises à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani*, mais il lui a bien fallu reconnaître que son propre point de vue n'était partagé que par une minorité de juges qui avaient voté contre cette décision. Faire valoir que la décision *Al-Adsani* n'a été adoptée qu'à une faible majorité ne sert pas à grand-chose — tel est souvent le cas lors des procédures judiciaires. Ce qui importe davantage, c'est que la Cour de Strasbourg n'a pas estimé nécessaire jusqu'ici de réexaminer sa jurisprudence, même après de nombreuses années.

19. Une grande importance doit aussi être attachée au fait indéniable que la Commission du droit international, lorsque, dans le cadre d'un groupe de travail, elle a spécifiquement réexaminé son projet de 1996 sous l'angle des violations graves des droits de l'homme, n'a pas été en mesure de parvenir à un consensus sur la création d'une nouvelle exception au principe de l'immunité souveraine¹³. Le défendeur a tenté d'exploiter ce fait en sa faveur. Mais celui-ci le dessert en réalité. Tout ce discours sur les penchants et les tendances ne peut occulter une vérité fort simple, à savoir que la Commission du droit international n'a pas jugé opportun de créer une nouvelle exception dont les conséquences étaient imprévisibles. De toute évidence, un Etat a précisément besoin de la règle de l'immunité dans les cas où un demandeur l'accuse d'avoir commis un fait internationalement illicite. Si l'on suit la logique du défendeur, il serait toujours nécessaire, au stade initial de l'instance, de distinguer une violation «normale» — et qu'est-ce qu'une violation «normale»? — d'une violation particulièrement grave. Sans avoir une vue d'ensemble de tous les éléments de preuve disponibles, le juge devrait donc toujours apprécier l'affaire de manière superficielle et anticipée, et se trouverait ainsi placé dans une position extrêmement inconfortable, sinon intenable. Dans ces conditions, les réticences des membres du groupe de travail se comprennent parfaitement et elles n'appuient en aucun cas la théorie d'un déclin avancé de l'immunité juridictionnelle. Bien au contraire : la question a été soigneusement pesée. Sur cette

31 base, la Commission du droit international a décidé de ne pas modifier son projet. Nous sommes

¹³ Rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, annexe du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session, *Annuaire de la Commission du droit international 1999*, vol. II, deuxième partie, p. 157 de la version française, appendice, p. 180 de la version française ; voir également MA, par. 108.

donc face à une décision délibérée, de la part de l'organe législatif suprême du système des Nations Unies, selon laquelle la portée de l'immunité juridictionnelle ne doit pas être réduite.

20. Il convient de donner toute son importance à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 38. Les faits tangibles et concrets de la pratique judiciaire internationale sont plus importants que les modes et les tendances dépourvues de toute réalité. Nous nous bornerons à faire état de cinq décisions de juridictions nationales, dont trois ont également dû examiner des demandes en réparation à raison de violations graves du droit perpétrées par les autorités du III^e Reich allemand. Le mémoire de l'Allemagne contient un exposé plus complet de cette question (par. 115-130).

21. Bien que la décision de la Cour de cassation française rendue en l'affaire *Bucheron* le 16 décembre 2003¹⁴ ait déjà été mentionnée dans cette pièce de procédure, il convient de revenir sur cet arrêt en raison de la similarité des faits en cause. A l'instar de *Ferrini* en Italie, Bucheron avait été envoyé en Allemagne en juin 1944 pour y être astreint au travail forcé. La Cour de cassation a à juste titre jugé qu'aucun contrat n'avait été conclu entre celui-ci et les forces d'occupation allemandes. Le travail effectué par Bucheron en Allemagne était donc fondé sur un acte de «puissance publique». Sans autre formalité et de manière très succincte, la Cour a conclu que l'Allemagne jouissait donc de l'immunité judiciaire. Il paraît significatif que la Cour de cassation italienne n'ait pas mentionné le précédent *Bucheron* lorsqu'elle a, trois mois plus tard, rendu son arrêt en l'affaire *Ferrini*.

22. La Chambre des lords, dans sa décision en l'affaire *Jones*¹⁵, a dû examiner un ensemble de circonstances tout autres, où les prétendus actes de torture n'avaient pas été commis sur le sol du Royaume-Uni, mais en Arabie Saoudite. En revanche, la question principale était identique. Un particulier peut-il intenter une action en justice contre une nation étrangère souveraine en-dehors du cadre des transactions commerciales ? La Chambre des lords ne s'est pas arrêtée uniquement à la loi britannique de 1978 intitulée *State Immunity Act* (loi sur l'immunité de l'Etat) mais a également examiné la situation du point de vue du droit international général. Elle ne doutait nullement que les règles internationales applicables en matière d'immunité juridictionnelle des Etats n'avaient été

¹⁴ *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, p. 259.

¹⁵ *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Sandiya (the Kingdom of Saudi-Arabia)*, 14 juin 2006, *ILR* 129, p. 713.

32 modifiées ni par l'arrêt *Distomo* grec ni par l'arrêt *Ferrini* de la Cour de cassation italienne. A cet égard, lord Bingham of Cornhill a fait une déclaration qui jette une lumière décisive sur cette question en décrivant l'essence de la genèse de la coutume en droit international :

«L'arrêt *Ferrini* ne peut, à mon sens, être considéré comme un exposé exact du droit international tel qu'il est communément admis et, de même qu'une hirondelle ne fait pas le printemps, un arrêt ne fait pas une règle de droit international.»¹⁶
[Traduction du Greffe.]

D'aucuns pourraient prétendre que les juges britanniques n'ont pas bien saisi les tendances modernes du droit international et qu'ils auraient dû trancher autrement. La doctrine est libre de formuler de telles critiques. Toutefois, quand il s'agit de rechercher quelle est la pratique internationale, on ne saurait ignorer le *dictum* de la Chambre des lords. Celui-ci doit être considéré comme une confirmation supplémentaire de la règle traditionnelle existante. Les juges britanniques n'ont vu aucune raison valable de s'éloigner de cette règle déjà ancienne.

23. Au Brésil, le tribunal fédéral de Rio de Janeiro a rejeté, par une décision du 9 juillet 2008, une action en réparation engagée à l'encontre de l'Allemagne à raison de la destruction d'un bateau de pêche par un sous-marin allemand en juillet 1943, en violation du droit international humanitaire. En quelques lignes, le tribunal brésilien a rejeté la demande, en invoquant le principe de l'immunité de l'Etat¹⁷.

24. La troisième décision est une décision relativement succincte de la cour de district israélienne de Tel Aviv-Jaffa du 31 décembre 2008¹⁸. Cette décision a elle aussi trait à des victimes de la barbarie nazie qui avaient engagé une action en réparation à l'encontre de l'Allemagne au titre de préjudices subis durant la seconde guerre mondiale. La cour israélienne n'a vu aucune raison de se lancer dans un examen approfondi du droit. En quelques phrases, elle a établi qu'étant donné que l'action était dirigée contre un Etat étranger sur la base de l'exercice de la puissance publique, celle-ci ne relevait pas de la compétence israélienne ; elle a, en conséquence, recommandé aux demandeurs de retirer leur demande, ce qu'ils ont fait. Nul n'est besoin de préciser que des millions de victimes directes ou indirectes des mesures de persécution prises par

¹⁶ *Ibid.*, p. 726, par. 22.

¹⁷ La traduction anglaise de l'arrêt sera déposée.

¹⁸ Affaire *Irit Tzemach et autres*.

les Nazis durant la seconde guerre mondiale vivent en Israël. Il n'en reste pas moins que la cour, sans évoquer ces circonstances douloureuses, a catégoriquement refusé de reconnaître la compétence des juridictions israéliennes à l'égard de la demande en réparation.

33

25. L'examen le plus minutieux de la situation juridique peut être trouvé dans l'arrêt que la Cour suprême polonaise a rendu le 29 octobre 2010 en l'affaire *Natoniewski*. En 1944, M. Natoniewski a été victime d'un raid armé opéré par des soldats allemands dans le village de Szczeczyn, aujourd'hui situé dans le sud-est de la Pologne. Ce raid visait la population civile. Les biens des civils ont été détruits et leurs maisons réduites en cendres. Avec son grand-père, M. Natoniewski s'est abrité dans une fosse à pommes de terre mais n'a pu échapper à l'incendie, au cours duquel il a subi de graves brûlures qui lui ont laissé des cicatrices permanentes au visage et un handicap partiel des membres. Un codemandeur, M. Skrzypek, a demandé à être indemnisé pour l'invalidité physique et les troubles mentaux appelés «syndrome de la deuxième génération» dont il souffrait, deux handicaps découlant des expériences pseudomédicales dont son père avait fait l'objet dans le camp de concentration de Dachau en Allemagne nazie. De toute évidence, la Cour suprême polonaise avait pleinement connaissance de la gravité des actes à l'origine des préjudices. Toutefois, elle a scrupuleusement appliqué la règle de l'immunité. Elle a jugé qu'un conflit armé entraînant des victimes, des dommages et des souffrances à grande échelle ne saurait être réduit à un rapport entre l'Etat auteur des faits et les victimes prises individuellement. Un conflit armé oppose avant tout des Etats et c'est à eux qu'il appartient de rechercher une solution globale au règlement des réclamations mutuelles dans un traité après les hostilités. L'immunité juridictionnelle est une garantie que la décision sera précisément prise de cette manière et qu'une série de procédures engagées devant les juridictions nationales ne compromettra pas le rétablissement de relations pacifiques entre les Etats.

26. Ce raisonnement s'applique parfaitement aux spécificités du présent différend opposant l'Allemagne et l'Italie. La question des réparations a été réglée voici plusieurs décennies. Des procédures judiciaires relatives à des réclamations individuelles viendraient rompre cet équilibre. Quoi qu'il en soit, l'arrêt rendu par la Cour suprême polonaise en l'affaire *Natoniewski* montre avant tout qu'en règle générale comme dans la présente espèce, c'est commettre une erreur

élémentaire que de connaître d'actions de particuliers sans tenir compte du contexte général du problème juridique.

34 27. En somme, il convient de réaffirmer que la pratique internationale constante n'étaye aucunement la thèse de la Cour de cassation italienne selon laquelle les crimes graves au regard du droit international donnent automatiquement compétence aux juridictions nationales. Quiconque prend au sérieux les règles fondamentales de la coutume internationale doit en tirer les conclusions appropriées. L'immunité juridictionnelle des Etats pour des actes *jure imperii* demeure une règle fermement établie du droit international. Aucune règle contraire ne s'est fait jour concernant les violations graves du droit international humanitaire et des instruments relatifs aux droits de l'homme.

C. L'élément intertemporel du différend

28. Il convient en dernier lieu d'examiner un second point, à savoir l'élément intertemporel. Le défendeur affirme que l'applicabilité d'une règle de nature «purement» procédurale doit être appréciée au regard de la date d'introduction de la procédure en question, et non conformément au droit existant à l'époque des faits. L'Italie soutient donc que la compatibilité de sa pratique judiciaire doit être appréciée par rapport aux normes juridiques applicables à partir de 2004, non à celles qui étaient en vigueur de 1943 à 1945.

29. Nous avons montré que les règles pertinentes en matière d'immunité juridictionnelle n'ont pas changé depuis soixante-dix ans. L'immunité juridictionnelle absolue pour les actes souverains d'un gouvernement demeure, aujourd'hui comme hier, la règle coutumière généralement reconnue. Il n'y a donc pas urgence à examiner cette question. Toutefois, l'Allemagne tient, par avance, à bien préciser que la position de l'Italie est dépourvue de fondement.

30. Dans son mémoire, l'Allemagne a longuement démontré que l'immunité juridictionnelle des Etats ne saurait être traitée comme n'importe quelle autre règle procédurale qui se modifie continuellement¹⁹. La commission d'un fait internationalement illicite crée un rapport de droit présentant des particularités et des caractéristiques propres. Le droit en vigueur détermine les

¹⁹ Par. 91-102.

conséquences de fond qui sont définitives et exhaustives. L'évolution ultérieure du droit international ne modifie pas ce rapport. La portée et le contenu de l'obligation de réparation ne fluctuent pas comme les prix de la bourse. Le principe de la sécurité du droit serait gravement affaibli par une telle volatilité.

35 31. Il doit en être de même pour la règle de l'immunité juridictionnelle. D'une part, du point de vue du droit procédural interne, l'immunité n'est en effet qu'une question de procédure : de fait, elle vise à empêcher les particuliers de saisir la justice, établissant ainsi un obstacle procédural. Devant la Cour internationale de Justice, la compétence doit également s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance²⁰. De l'autre, l'immunité juridictionnelle, qui interdit aux particuliers de saisir la justice, est une règle fondamentale des relations entre les Etats souverains. Elle détermine profondément le rapport existant entre l'auteur présumé d'un crime et ses victimes en façonnant les attentes et les perspectives. C'est parce que l'on sait que les réclamations privées ne sont pas admissibles que la plupart des régimes de réparation sont conçus et mis en œuvre. D'ailleurs, après la seconde guerre mondiale, les puissances alliées victorieuses, réunies à Potsdam aux portes de Berlin, ont décidé que les réparations de guerre seraient versées selon le régime interétatique classique. Elles ont pris des décisions dénuées d'ambiguïté. Le chapitre IV des accords de Potsdam prévoit que l'Allemagne — en tant qu'Etat — devra verser des réparations à l'URSS, à la Pologne, aux Etats-Unis, au Royaume-Uni et aux «autres pays ayant droit aux réparations». Il s'agissait d'une décision formelle, conforme aux règles de droit international applicables à l'époque. Aucune marge de manœuvre n'a été laissée aux personnes lésées pour faire des réclamations privées additionnelles.

32. Il va sans dire qu'il existe un lien étroit entre la règle de l'immunité, d'une part, et la règle substantielle désignant les bénéficiaires des réparations de l'autre. Selon le concept classique, tel qu'énoncé à l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907, seuls les Etats étaient considérés comme ayant droit à des réparations au titre d'une violation des règles de La Haye. La règle de l'immunité corrobore cette règle substantielle sur le plan procédural. En affirmant que les juridictions italiennes peuvent connaître de réclamations individuelles, la Cour de cassation

²⁰ Affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Ouganda), C.I.J. Recueil 2006, p. 29, par. 54 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 2008, p. 437, par. 79.

36

italienne cherche à présent à renverser les décisions fondamentales prises à Postdam. Elle tente de créer un deuxième niveau de réparation, pour chaque cas individuel, parallèlement aux modalités collectives de règlement convenues en 1945 par les puissances victorieuses qui agissaient en qualité de représentants de l'ensemble des Etats ayant déclaré la guerre à l'Allemagne, dont l'Italie faisait elle aussi partie. Toute la procédure de réparation reposait sur l'idée que la restitution et l'indemnisation seraient effectuées dans le cadre des relations entre Etats. En outre, l'Allemagne a, de son chef, décidé d'indemniser certains groupes de victimes particulièrement touchés, notamment les victimes de persécutions raciales. Tous ces éléments pris ensemble forment un système cohérent. En revanche, l'application rétrospective de toute nouvelle règle limitant l'immunité juridictionnelle détruirait le mécanisme tout entier de règlement de paix, dont les caractéristiques essentielles ont été définies pour la première fois à Potsdam et qui a été définitivement approuvé par l'Allemagne quarante-cinq ans plus tard, lors de sa réunification, dans le fameux traité deux plus quatre du 12 septembre 1990²¹. Partant, dans les circonstances précises de la présente affaire, tout refus d'accorder l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne revient à renverser une situation juridique établie dans le cadre du droit international.

Monsieur le président, ces observations concluent la première partie des plaidoiries de l'Allemagne. Je ne sais pas si vous souhaitez donner la parole à mon collègue ou si vous préférez faire la pause café maintenant. Je vous remercie, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Tomuschat de son exposé. Le moment est approprié pour prendre une courte pause café de 10 minutes. Je vous prie d'être de retour dans une vingtaine de minutes.

L'audience est suspendue de 11 h 25 à 11 h 45.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La Cour reprend son audience. L'intervenant suivant est, d'après ma liste, M. Andrea Gattini. Monsieur, vous avez la parole.

M. GATTINI : Je vous remercie, Monsieur le Président.

²¹ Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne, *ILM* 29, 1990, p. 1186.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, c'est un grand honneur pour moi et un grand privilège que de me présenter devant vous et ce, pour la première fois, au nom de la République fédérale d'Allemagne. Je mesure la responsabilité qui est la mienne en tant que conseil de l'Allemagne dans une affaire qui la renvoie à son passé et qui revêt une telle importance pour son présent, son futur et l'avenir de l'ordre juridique international. Le fait que je sois citoyen de l'Etat défendeur est un autre témoignage, si modeste fût-il, de ce que les relations traditionnelles d'amitié et de compréhension entre nos deux pays n'ont pas le moins du monde été altérées par les — regrettables — décisions judiciaires italiennes qui sont à l'origine du présent différend.

37

Au cours des quarante minutes à venir, je réfuterai deux des principaux arguments avancés par le défendeur afin de justifier le fait que les juges italiens se soient déclarés compétents : l'exception «en matière de responsabilité délictuelle» et le «*forum necessitatis*».

A. L'EXCEPTION EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DÉLICTELLE

1. Après avoir navigué dans les hautes sphères du *jus cogens* et avoir proclamé que la compétence universelle en matière civile en était inévitablement l'un des corollaires, la Cour de cassation italienne est revenue, dans son arrêt *Ferrini*, à une approche plus terre-à-terre. Ayant jugé opportun d'insister sur le fait que le comportement criminel imputable à l'Allemagne — la déportation de personnes afin de les astreindre au travail forcé — avait, en tout état de cause, partiellement eu lieu en Italie, la juridiction suprême a estimé qu'elle pouvait déclarer les tribunaux italiens — que les juges italiens pouvaient se déclarer — compétents en tant que *forum loci delicti commissi*.

2. Dans la présente instance, outre ses nombreux arguments fondés sur la prééminence du *jus cogens* — sujet auquel mon collègue Robert Kolb s'intéressera plus tard —, le défendeur estime également opportun d'insister sur «l'exception en matière de responsabilité délictuelle», ou exception territoriale ainsi qu'il préfère la désigner, comme fondement légitime pour refuser l'immunité de l'Etat à l'Allemagne. Selon lui, les juridictions pourraient exercer leur compétence non au motif qu'elles connaîtraient d'un crime international, mais simplement au motif que, en vertu de l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles

des Etats et de leurs biens, un Etat ne peut jouir de l'immunité de juridiction dans le cadre d'une procédure se rapportant à une action en réparation en cas d'atteinte à l'intégrité physique si le dommage s'est produit sur le territoire de l'Etat du for et si l'organe dont le comportement est attribué à l'Etat étranger était présent sur le territoire de l'Etat du for au moment où le dommage s'est produit.

3. En se fondant sur le principe du *forum delicti commissi*, la Cour de cassation, et le défendeur aujourd'hui, ont affaibli l'argument fondé sur le *jus cogens* en ce que le défendeur aurait pu, dès le début, circonscrire la question à celle de savoir si le comportement des forces armées étrangères relève ou non de l'exception en matière de responsabilité délictuelle. Quand bien même, chercher à rejeter l'immunité d'un Etat sur cette base plus restreinte ne peut qu'échouer et ce, pour trois raisons au moins, comme je l'expliquerai. La première raison est que l'article 12 ne codifie pas, en tant que tel, le droit international coutumier tel qu'il existe. La deuxième est que l'article 12 ne s'applique de toute façon pas aux actes des forces armées. La troisième raison est que, outre le libellé de l'article 12 de la convention des Nations Unies, la pratique étatique n'étaye pas la thèse selon laquelle les activités des forces armées entrent dans le champ d'une quelconque exception en matière de responsabilité délictuelle, quelle que soit la manière dont elle est libellée.

38

I. Statut discutabile de l'article 12 de la convention des Nations Unies en tant que codification du droit international coutumier

4. Il est tout d'abord plus que discutabile que l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens codifie le droit international coutumier. Pour être plus précis, il est plus que discutabile que l'exception, dans la mesure où elle fait fi de la distinction traditionnelle entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*, reflète la véritable pratique des Etats et l'*opinio juris*.

5. Les travaux de codification de la commission du droit international sur ce point sont très clairs. En 1983, dans son cinquième rapport à la CDI, le rapporteur spécial Sucharitkul a reconnu que même les juridictions nationales qui font une interprétation «restrictive» — c'est-à-dire celles qui ne reconnaissent pas aux Etats étrangers une immunité de juridiction absolue — «reconnaissent l'immunité lorsque les activités ayant entraîné un dommage corporel ou matériel relèvent clairement des actes *jure imperii*» (Annuaire de la commission du droit international 1983, vol. II,

première partie, p. 44, par. 77). Le rapporteur spécial a néanmoins rédigé l'article sur l'exception en matière de responsabilité délictuelle sans opérer de distinction formelle, se fondant uniquement sur le précédent que constitue la célèbre affaire *Letelier*, en laquelle le tribunal de district du District de Columbia avait, quelques années auparavant, écarté l'immunité de la République du Chili en ce qui concerne un assassinat politique commis aux Etats-Unis. Si la commission a suivi le rapporteur spécial, certains de ses membres, dont l'un siège aujourd'hui à la Cour, M. le juge Koroma, ont exprimé des doutes quant à l'opportunité d'insérer pareille exception pour des questions qui «seraient mieux résolues de façon extrajudiciaire» (Annuaire de la commission du droit international 1984, vol. I, p. 330, par. 32).

6. Lors de la deuxième lecture de ce qui était alors le projet d'article 13, le nouveau rapporteur spécial, M. Ogiso, a appelé l'attention de la commission sur l'opportunité de «revoir la portée de cet article, compte tenu du fait que les actions en réparation découlant d'infractions pénales [étaient] jusqu'ici très peu nombreuses dans la pratique» (Annuaire de la commission du droit international 1989, vol. II, première partie, p. 73, par. 22). La proposition visant à limiter l'application de cet article aux affaires tirées de la jurisprudence civile découlant d'accidents de la circulation impliquant des moyens de transport appartenant à l'Etat ou exploités par celui-ci et se produisant sur le territoire de l'Etat du for a finalement été abandonnée. Cela étant, si l'on considère l'évolution ultérieure de la jurisprudence — à l'exception de la décision rendue aux Etats-Unis relativement à l'assassinat, pour des motifs politiques, de personnes résidant sur le territoire américain —, il n'existe aucune autre affaire, que ce soit aux Etats-Unis ou ailleurs, dans laquelle l'exception en matière de responsabilité délictuelle a été retenue par des juridictions lorsque l'acte de l'Etat étranger était clairement *jure imperii*, à l'exception bien sûr de l'arrêt *Distomo* rendu par l'*Areios Pagos* grec en 2000 et de l'arrêt *Ferrini* rendu par la Cour de cassation italienne.

39

II. Les activités des forces armées n'entrent pas dans le champ de l'article 12 de la convention des Nations Unies

7. La deuxième raison — plus importante encore — pour laquelle l'article 12 ne saurait être retenu dans le cadre de la présente affaire tient au fait qu'il ressort d'une interprétation correcte de cette disposition qu'elle n'englobe pas, et ne peut englober, les activités des forces armées.

8. Lorsqu'il a présenté son projet d'article à la CDI en 1983, le rapporteur spécial Sucharitkul a appelé l'attention de la commission sur le fait que

«la question de l'immunité juridictionnelle ne se pose pas non plus lorsque l'affaire ne relève pas du pouvoir judiciaire ou lorsque la juridiction qui en est saisie est incompétente à raison de la matière» (*Annuaire de la commission du droit international 1983*, vol. II, première partie, p. 42, par. 66).

La raison d'être de cette disposition, à savoir que l'individu doit en tout état de cause bénéficier d'un intérêt pour agir, a trouvé son expression dans la version finale de l'article, selon lequel l'Etat du for doit être «compétent en l'espèce». Bien que l'on puisse présumer que les individus bénéficient d'un intérêt pour agir en ce qui concerne des atteintes à leur intégrité physique ou des dommages aux biens procédant de la responsabilité délictuelle d'un Etat étranger impliqué dans des affaires d'accident de la route, de voies de faits et de coups et blessures, il n'en va pas de même des dommages subis dans le cadre d'un conflit armé. Soutenir le contraire reviendrait à répondre de manière préalable et positive à la question de savoir si les individus peuvent, en droit international, avoir un droit à réparation à raison des dommages de guerre. Or, comme je l'exposerai ultérieurement, tel n'est pas le cas.

9. Il semble donc légitime de conclure que la CDI considérait comme acquise l'exclusion du champ de l'article 12 des activités menées par des forces armées, ainsi que cela ressort clairement de la brève remarque formulée au sujet de cette disposition lors de la deuxième lecture en 1991 : «[c]et article ... ne s'applique pas ... à des situations liées à des conflits armés» (*Annuaire du droit international 1991*, vol. II, deuxième partie, p. 46, par. 10). Ce point de vue était également celui du comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats établi par la Sixième Commission de l'Assemblée générale afin de déterminer si l'adoption d'une convention était envisageable ; il a été résumé en 2004 par le président du comité spécial, lequel a déclaré qu'«[i]l a toujours été entendu que les activités militaires n'entreraient pas dans le champ» de l'article 12 (Nations Unies, doc. A/C.6/59/SR 13, par. 36). Pour sa part, l'Assemblée générale, lorsqu'elle a adopté en décembre 2004 le texte de la convention, a tenu compte de cette déclaration dans le dernier alinéa du préambule de sa résolution. Nous avons soutenu dans notre mémoire que ces différentes sources pouvaient être considérées conjointement comme un «instrument interprétatif», au sens du paragraphe 2 b) de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Sans même aller

jusque là, il existe suffisamment d'éléments de preuve de ce que, pas plus tard qu'en décembre 2004, aucun Etat n'avait jamais fait valoir que l'exception en matière de responsabilité délictuelle devait inclure les activités des forces armées.

10. Le défendeur fait grand cas du fait que la convention des Nations Unies ne contienne pas de règle semblable à celle énoncée à l'article 31 de la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, qui exclut expressément les actes des forces armées de son champ d'application, et, partant, du champ d'application de l'article 11 sur l'exception en matière de responsabilité délictuelle. On peut bien sûr déplorer que la CDI, puis l'Assemblée générale, n'aient pas fait preuve de la même prudence et de la même précision que le Conseil de l'Europe, mais cela ne prouve rien. Les Etats sont évidemment libres de joindre une déclaration — et je dis bien de joindre une déclaration et non pas d'émettre une réserve, ce qui serait superflu — à cet effet à leur instrument de ratification, ainsi que l'ont déjà fait la Suède et la Norvège ; permettez-moi, soit dit en passant, de faire observer que ce n'est pas par hasard si cela a été fait par deux Etats bien connus pour leurs généreuses contributions aux missions de maintien de la paix des Nations Unies.

III. Absence de toute pratique étatique

11. Outre l'interprétation correcte de l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004, c'est avant tout de la pratique des Etats ainsi que de la jurisprudence internationale et nationale qu'il ressort clairement que les activités des forces armées sont exclues du champ d'application de toute exception en matière de responsabilité délictuelle, quelle que soit la manière dont elle est libellée. Un cas d'espèce, qui mérite une attention particulière, est l'affaire *McElhinney*, jugée par la Cour européenne des droits de l'homme le 21 novembre 2001. Dans cette affaire, la Cour suprême irlandaise avait retenu, en 1995, l'immunité souveraine du Royaume-Uni en ce qui concerne un acte délictuel commis sur le territoire irlandais par un soldat britannique. Ce qui est révélateur dans cette affaire, c'est que la Cour suprême irlandaise s'est expressément référée aux articles 11 et 31 de la convention européenne, alors même que l'Irlande ne l'avait pas ratifiée.

41 Ce qui est plus important encore, c'est que la Cour européenne des droits de l'homme a entièrement fait siens les conclusions et le raisonnement de la cour suprême irlandaise et ce, par

une majorité plus importante que dans l'affaire *Al-Adsani* — que M. Tomuschat a évoquée tout à l'heure — dans laquelle l'arrêt a été rendu le même jour.

12. Il est tout aussi important de relever que cette position est également celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation italienne elle-même. En effet, en juillet 2008, deux mois après les ordonnances rendues par les chambres civiles réunies précédemment citées dans les affaires *Majetta*, *Mantelli* et autres, la première chambre criminelle de la Cour de cassation a clairement indiqué, en l'affaire *Lozano*, que le comportement des forces armées était exclu du champ de l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004. Il est révélateur, et néanmoins étonnant, que cette même première chambre criminelle ait, dans la décision qu'elle a par la suite rendue, en octobre 2008, dans l'affaire *Josef Milde* — qui a en réalité précipité la décision de l'Allemagne de saisir la Cour du présent différend — estimé préférable d'éviter complètement la question du fondement de sa compétence.

13. J'en viens maintenant au deuxième argument de l'Italie : le *forum necessitatis*.

B. FORUM NECESSITATIS

14. Conscient de ce que l'argument fondé sur une exception en matière de responsabilité délictuelle ne résisterait pas à un examen minutieux et, de fait, cet argument s'effondre, le défendeur a tenté d'introduire dans la jurisprudence *Ferrini* une rationalité différente, que la Cour de cassation n'a semble-t-il jamais eu l'intention de suivre. Le défendeur s'est donc efforcé de tisser un argument complexe, lequel, une fois dépouillé de ses délicates subtilités rhétoriques, se réduit à l'affirmation selon laquelle les juges italiens étaient tenus d'exercer une sorte de *forum necessitatis* afin d'offrir un recours judiciaire aux victimes italiennes d'un «déli de justice flagrant», que leur aurait infligé le système judiciaire allemand.

15. Par cet argument, le défendeur a mélangé habilement la question de l'immunité juridictionnelle, la seule qu'il vous est demandé de trancher en l'espèce, et celle, distincte, de l'existence alléguée d'un fondement individuel de la demande en justice. Réservant notre position sur la pertinence, en l'espèce, de cette dernière question jusqu'à une plaidoirie ultérieure, il nous faut toutefois, par principe, dire quelques mots sur le sujet à ce stade, afin de démêler l'argument italien.

42

16. L'argument du défendeur peut être résumé comme suit. Le droit international prévoit un droit individuel à réparation ouvrant directement une voie de recours judiciaire. Dans un premier temps, ce droit doit être exercé devant les juridictions de l'Etat responsable. Si les juridictions de cet Etat ne reconnaissent pas le droit à réparation, le particulier peut alors porter sa cause devant les juridictions de l'Etat dont il est ressortissant. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire que je m'étende longuement pour démontrer le caractère infondé et dangereux de cette théorie. Je vais y procéder en illustrant et en réfutant les trois étapes de l'argumentation du défendeur.

I. Absence de droit individuel à réparation en vertu du droit international général

17. Il peut bien évidemment être mis un point d'arrêt à tout le raisonnement dès la première étape, en notant simplement que le droit international général n'accorde pas de droit individuel à réparation, et en tout cas pas en ce qui concerne les dommages de guerre. En raison de la structure même des conventions, l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907 ainsi que l'article 91 du premier protocole additionnel, de 1977, des quatre conventions de Genève ne portent que sur la responsabilité interétatique et ne peuvent donc avoir d'effet direct pour les personnes physiques. Les travaux préparatoires de ces deux textes le montrent tout à fait clairement et la jurisprudence des juridictions suprêmes nationales est unanime sur ce point.

18. Certes, le paragraphe 2 de l'article 33 des articles de 2001 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat, intégré dans la deuxième partie portant sur le contenu de la responsabilité internationale de l'Etat, précise bien ce qui suit : «La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat.» Outre le fait qu'il s'agit simplement d'une clause de sauvegarde, insérée dans le projet à la toute dernière minute et sans discussion appropriée, il est révélateur que le commentaire de l'article ne contienne aucune trace d'un prétendu droit individuel à réparation pour crimes de guerre, ou même pour crimes en général, sinon une référence générique aux traités relatifs aux droits de l'homme. Le seul exemple que donne la CDI dans son commentaire est celui de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, à savoir un droit conventionnel dont nous connaissons les possibilités

de même que les limites grâce aux décisions que vous avez rendues dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, ce qui rend inutile tout développement sur le sujet dans le présent contexte.

43 II. Absence de droit individuel d'agir en justice en vertu du droit international général

19. Nous allons cependant, pour les besoins de l'argumentation, admettre l'affirmation de l'Italie sur l'existence d'un droit individuel à réparation et passer à la seconde étape de sa démonstration.

20. Le défendeur fait valoir que d'un droit à réparation découle nécessairement un droit d'agir en justice. Ici encore cette affirmation est dénuée de tout fondement. Pour revenir aux articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, notamment la troisième partie qui porte sur l'invocation de la responsabilité de l'Etat, il est encore une fois frappant que la CDI n'accorde aucun rôle aux particuliers, ne serait-ce qu'aux fins d'une clause de sauvegarde. La raison en est simplement que, en vertu du droit international général, les particuliers n'ont aucun rôle à jouer.

21. Malgré un extrême raffinement et une formidable inventivité juridiques, nos estimés collègues ont, très probablement à dessein, laissé dans l'ombre quelques aspects fondamentaux. Le droit d'agir relève-t-il d'une règle secondaire ou plutôt d'une règle primaire ? La lecture du contre-mémoire et de la duplique de l'Italie laisse une impression de confusion et j'imagine que cette absence de netteté n'est pas un accident.

22. Bien évidemment, il existe une pratique établie qui accorde aux particuliers un droit à réparation devant les juridictions internes de l'Etat responsable. Dans ce contexte, la Partie adverse cite la décision de la Cour de cassation italienne de 1974 affirmant la compétence des juridictions italiennes pour connaître d'actions en réparation pour dommages de guerre, introduites contre l'Etat italien par des ressortissants des puissances alliées. Il n'y a rien d'extraordinaire ni de remarquable à cela. Le fondement juridique était, dans cette affaire, le paragraphe 4 de l'article 78 du traité de paix italien de 1947. Dans d'autres affaires, le droit d'agir est celui que prévoit le droit interne de l'Etat responsable. C'est exactement ce qui est arrivé en Allemagne où, comme le montrent les éléments de preuve et comme le concède bien évidemment le Gouvernement italien lui-même, la juridiction interne était ouverte sans aucune discrimination à tous les requérants italiens, lesquels accédèrent même à la Cour constitutionnelle de l'Etat.

23. Conscient du fait que le droit international général ne confère pas de droit d'agir aux particuliers à raison du fait international illicite d'un Etat, le défendeur a jugé opportun de revêtir ce prétendu droit d'agir d'un costume différent, en invoquant un droit à l'accès à la justice comme règle primaire. Cette démarche est également vaine.

44 24. Le droit à l'accès à la justice, sous ses deux sens de droit à un recours efficace et de droit à un procès juste, est un droit de l'homme bien établi consacré par les principales conventions internationales. Or, le fait est que, dans chacun de ces textes et *a fortiori* en droit international coutumier, si on lui accorde la nature de droit coutumier, le droit à l'accès à la justice, outre qu'il est un droit accessoire, n'est pas un droit absolu, puisque son exercice est soumis à diverses limites et conditions qu'un Etat peut légitimement imposer. L'une de ces limites est la règle de l'immunité des Etats étrangers. Loin d'y avoir «contradiction irréductible» entre le droit à l'accès à la justice et le droit à l'immunité de l'Etat, comme le soutient la Partie italienne (contre-mémoire, par. 4.88), ces deux droits doivent coexister au sens où, dans certains cas, comme ceux illustrés par la Cour européenne des droits de l'homme dans les décisions qu'elle a rendues en 2001 dans les affaires *McElhinney* et *Al-Adsani*, le second doit l'emporter sur le premier.

25. Le défendeur invoque une décision prise par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en septembre 2006 — *Goiburù and others v. Paraguay* — dans laquelle l'accès à la justice a été qualifié de norme impérative de droit international chaque fois que les droits substantiels violés découlaient de normes du *jus cogens*. A cet égard, il convient de faire trois observations. Premièrement, l'affaire mentionnée par le défendeur, de même que quelques autres affaires ultérieures tranchées par la même juridiction, ne concernaient pas les dommages de guerre. Deuxièmement, l'affaire portait sur l'accès à la justice dans l'Etat responsable du fait illicite et ne concernait donc en aucune manière la règle de l'immunité des Etats étrangers. Troisièmement, on rappellera que le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies a adopté, un an plus tard, une approche similaire à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans son observation générale n° 32 sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CCPR/C/GC/32 (2007), par. 6). Le Comité s'est borné à dire que les garanties d'un procès juste ne peuvent être «subject to measures of derogation» ou, dans le très précis texte français, ne peuvent faire l'«objet de mesures qui détourneraient la protection», chaque fois que

l'un des droits principaux garantis par le paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte est en cause. Toutefois, en l'absence de toute discussion sur le sujet au sein du Comité, il serait totalement injustifié d'en conclure que les «mesures qui détourneraient la protection» comprennent le respect dû à l'immunité de l'Etat conformément aux règles applicables du droit international coutumier.

45

26. En conclusion, on imagine difficilement comment l'alliage peu naturel de deux concepts différents dont l'un, — le droit à l'accès à la justice — est soumis à différentes limites et l'autre, — le prétendu droit d'agir en conséquence d'un crime de guerre — n'existe simplement pas *de lege lata*, peut constituer une super-règle du *jus cogens*.

III. INEXISTENCE DE TOUT *FORUM NECESSITATIS*

27. Mais, pour les besoins de la démonstration, partons une fois encore de l'hypothèse italienne selon laquelle il existe un droit d'action individuel. Nous en arrivons donc à la troisième étape de l'argumentation italienne. Si l'on admet qu'il existe un droit individuel à réparation et un droit individuel d'action, lorsque les juges nationaux de l'Etat responsable ne reconnaissent pas le droit à réparation, les juges de l'Etat national peuvent — et en fait doivent — porter secours aux victimes, c'est-à-dire qu'ils doivent exercer leur compétence en faisant fi de l'immunité de l'Etat étranger. Cette troisième étape du raisonnement est, si faire se peut, encore moins fondée que les deux précédentes.

28. D'abord, il est tout à fait injustifié de supposer que, dans une situation telle que la présente, il y a eu déni de justice, pour ne pas parler de «flagrant» déni de justice.

29. Pour que l'on puisse parler de déni de justice, il faudrait que les citoyens italiens se soient vu refuser toute possibilité de porter leur action devant les tribunaux allemands ou qu'ils aient fait l'objet d'une privation délibérée et malveillante de leurs droits procéduraux, ou de mesures discriminatoires fondées sur leur nationalité. Naturellement, rien de la sorte ne s'est produit. Bien au contraire, l'*Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia* et 942 citoyens italiens, dont M. Ferrini lui-même, ont pu former conjointement un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, dans une ordonnance bien argumentée, a rejeté ce recours le 28 juin 2004. Le bien-fondé de l'ordonnance a été confirmé par un jugement rendu à l'unanimité par la cinquième chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le

4 septembre 2007, qui réitérait également l'absence de tout droit individuel à réparation et qui était libellé comme suit :

«Quelles que soient les souffrances infligées aux requérants par le travail forcé, aucune des conventions qu'ils invoquent n'institue de droit individuel à réparation.» (CEDH, 2007, 5556.) [Traduction du Greffe.]

46 30. Cela dit, le même principe s'applique aux demandeurs grecs dans l'affaire *Distomo*. Parallèlement à l'action civile engagée en Grèce, les demandeurs avaient engagé une procédure contre le Gouvernement allemand devant les tribunaux allemands et avaient accès à toutes les instances judiciaires, jusqu'à la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui a rendu sa décision en juin 2003. Dans cette affaire aussi, la cinquième chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le jugement qu'elle a rendu récemment, le 31 mai 2011, dans l'affaire *Argyris Sfountouris et autres c. Allemagne* (requête n° 24120/06) a rejeté la demande et confirmé la validité des procédures et conclusions judiciaires allemandes dans les termes suivants :

«La Cour estime que l'on ne saurait soutenir que l'application et l'interprétation du droit international et interne auxquelles ont procédé les juridictions allemandes aient été entachées de considérations déraisonnables ou arbitraires.» (p. 16 ; original français.)

31. J'attire votre attention sur la date du 28 juin 2004, à laquelle la Cour constitutionnelle allemande s'est prononcée sur la demande des citoyens italiens, parce qu'à elle seule elle réduit à néant toute la thèse italienne d'une compétence de nécessité que la Cour de cassation italienne n'aurait exercé avec réticence qu'après le déni de justice subi devant les tribunaux allemands. La décision rendue par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Ferrini* remonte en fait au mois de décembre 2003 et a été déposée le 11 mars 2004, soit trois mois et demi avant que n'ait été rendue l'ordonnance de la Cour constitutionnelle allemande.

32. En outre, le fondement juridique d'un pareil «for de substitution», pour ainsi dire, est loin d'être clair. Si nous cherchons à extraire la substance des arguments italiens, bien rodés mais au demeurant faibles, nous nous retrouvons avec un amas de notions inutilisables qui n'en deviennent pas plus utilisables après avoir été mélangées les unes aux autres. Nous en avons identifié au moins trois.

33. Tout d'abord, la notion sous-jacente est-elle celle des contre-mesures ? Dans l'affirmative, l'objection immédiate, déjà formulée par M. Tomuschat, consisterait à dire que ce

n'est pas aux juridictions internes qu'il appartient de décider de contre-mesures et de leur application contre un Etat étranger.

47 34. Ou alors s'agit-il de la notion de nécessité ? Le contre-mémoire (CMI) et la duplique de l'Italie sont parsemés d'expressions présentant l'exercice de la compétence nationale comme «la seule voie susceptible d'assurer le respect» (CMI ; par. 1.9), et la saisine des juridictions italiennes comme «le seul moyen, la solution de dernier recours pour obtenir ... réparation» (CMI, par. 2.41). Si l'on est sensible à l'extrême délicatesse de la notion de nécessité et donc, que l'on ne prend pas à la légère le libellé restrictif de l'article 25 des articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, comme vous l'avez fait à juste titre en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, il est alors impossible de déduire de la notion d'état de nécessité le pouvoir d'un juge national de se poser de son propre chef en unique protecteur des intérêts essentiels de l'Etat, sans parler de ceux de la communauté internationale.

35. Ou encore, en dernier lieu, est-ce la notion de droit à réparation individuel qui sous-tend la position du défendeur ? Mais, si tel est le cas, le défendeur tombe dans le piège de la circularité, en déduisant chaque conséquence juridique de la précédente sur la simple force d'un mantra. Fait curieux, la troisième étape de l'argumentation du défendeur va à l'encontre de la notion même de *jus cogens*, sur laquelle repose tout l'édifice. Je m'explique.

36. Si un individu était détenteur d'un droit à réparation et d'un droit d'action en droit international, comme le soutient le défendeur, il serait quant même raisonnable d'exiger qu'il commence par exercer son droit devant les juridictions de l'Etat responsable. Toutefois, si sa demande est rejetée, pourquoi devrait-il se trouver ensuite limité dans son droit d'action à saisir les juridictions de l'Etat dont il est ressortissant, et non celles de tout autre Etat de son choix ? S'il fallait trouver quelque fondement à la décision *Ferrini*, ce que je n'ai guère réussi à faire, ce serait dans le parallèle entre la notion de *jus cogens* et celle de compétence civile universelle.

37. Je n'ai pas besoin de développer toute une argumentation pour réfuter la conformité au droit international de ce type de compétence. Il me suffit de rappeler ce qu'ont dit à cet égard trois anciens juges de la Cour, tous trois éminents avocats des droits de l'homme particulièrement attentifs, comme nous tous, au développement des instruments de protection internationale de ces droits. Dans l'opinion individuelle commune qu'ils ont rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*,

les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont contesté la notion de compétence universelle civile telle qu'appliquée aux Etats-Unis en vertu de la loi sur les dommages causés aux étrangers (*Alien Tort Claims Act*) : «cet exercice unilatéral de la fonction de gardien des valeurs internationales ... n'a pas d'une manière générale suscité l'approbation des Etats» (*C.I.J. Recueil 2002*, p. 77, par. 48).

38. Si l'on suit le raisonnement du défendeur jusqu'à sa conclusion logique, on peut se demander pourquoi le détenteur individuel du droit devrait se satisfaire de l'issue de la procédure judiciaire engagée devant les juges d'un certain Etat plutôt que d'un autre ? Etant donné le manque de coordination entre les systèmes judiciaires civils internes, ni le principe *electa una via* ni celui de *res judicata* ne mettraient fin au carrousel incessant de la quête de la juridiction la plus avantageuse.

48

39. Par ailleurs, pourquoi quelqu'un devrait-il se satisfaire de l'accord conclu entre l'Etat dont il est ressortissant et l'Etat responsable ? Il suffit d'ébaucher ce scénario, pour que toute personne attachée à l'autorité du droit international comme à la main qui guide les relations internationales, ainsi que vous, Mesdames et Messieurs de la Cour, et vos prédécesseurs l'avez toujours été, puisse facilement et clairement pressentir comment le «meilleur des mondes» envisagé par certains auteurs qui, tels de nouveaux Candide, accueillent avec satisfaction une telle évolution du droit international, se transformerait rapidement en un cauchemar fait d'abus et de tergiversations.

40. Cependant, outre de telles observations évidentes sur le caractère inapproprié de la solution envisagée — même *de lege ferenda* — par nos confrères italiens, leur argumentation présente une autre faille majeure. Il s'agit, tout simplement, du manque total de cohérence entre cette argumentation et la structure du droit international positif. En l'état actuel du droit international général, si un individu subit un déni de justice à l'étranger, c'est en principe l'Etat dont il a la nationalité qui peut faire sienne sa demande par l'exercice de la protection diplomatique, rien de plus, mais rien de moins.

41. Il ne s'agit pas d'une bagatelle comme semble l'indiquer le défendeur. Si aucun gouvernement au pouvoir en Italie depuis 1945 et, en réalité, jusqu'à présent, n'a jamais pensé à exercer la protection diplomatique en faveur de ses citoyens ayant pu subir des dommages à leurs

biens ou à leur intégrité physique en raison de crimes de guerres commis par les forces allemandes pendant la seconde guerre mondiale, c'est simplement parce qu'on était profondément convaincu en Italie, y compris au sein de la Cour suprême italienne jusqu'à l'arrêt *Ferrini*, que les citoyens italiens, exception faite de ceux qui ont subi des dommages à la suite de mesures de persécution prises sous le régime national-socialiste et au sujet desquels l'Italie a conclu un accord d'indemnisation satisfaisant avec la République fédérale d'Allemagne en 1961, n'avaient absolument aucun droit à faire valoir.

42. Monsieur le président, voilà qui met un terme à mon exposé, puis-je vous demander de bien vouloir donner la parole à mon collègue, M. Robert Kolb ?

Le PRESIDENT : Je remercie M. Andrea Gattini pour son exposé. J'invite à présent M. Robert Kolb à prendre la parole.

49 Mr. KOLB: Mr. President, Members of the Court, this is the first time that I have the privilege to appear before this august body. Before starting my presentation, I wish to convey my deepest respects to the Court and beg its full indulgence. I also wish to extend cordial greetings to the eminent colleagues who are our opponents in this case. Not so long ago I was studying under one of them.

1. The issue you are asked to adjudicate is, in my view, a relatively simple one. I shall therefore try to be brief, as I believe that Germany has no reason to fear your sound judgment of its case. I shall take up two points in this address, starting with a technical and legal question before turning to a more general matter which goes well beyond the bounds of positive law. First comes the issue of *jus cogens*. I shall then highlight the foreseeable consequences of a refusal to recognize jurisdictional immunity and immunity from enforcement in situations of the kind that concern us in this case.

A. The question of *jus cogens*

2. The question of *jus cogens* has occupied a prominent — too prominent — place in this case. In fact, this concept is of little assistance if one examines these matters closely, dispassionately and with the discerning eye of a jurist. The position taken by the Italian *Corte di*

Cassazione in the *Ferrini* case, followed by other proceedings before the same court, was the following. International norms of higher standing in relation to the values they express must take precedence over norms of international law that are said to be of lower standing, inasmuch as they do not express such values or the values they express are less lofty. This argument has been skilfully set out before you by our honourable opponents. I would refer to paragraph 4.23 of their Rejoinder and also to paragraphs 4.68 *et seq.* of their Counter-Memorial. *Jus cogens* has thus been surreptitiously transformed into a more or less general hierarchical benchmark within the international legal order. But is this really its significance and its scope? We do not think so. A number of decisive arguments militate against this view, three of which I beg leave to place before you.

1. *Jus cogens* has no bearing on secondary rules

50 3. First of all, *jus cogens* concerns primary rules, not secondary rules. Let me explain. The peremptory status of a rule relates to its intrinsic nature as a non-derogable proposition, that is to say, its status as a primary norm. It concerns the relationship between a more general norm and a more specific norm, making the former non-derogable by the latter. This entire mechanism fits into the organic scheme of the norms themselves. On the other hand, *jus cogens* has nothing to do with secondary norms concerning the consequences of the violation of rules of a peremptory nature. There are no general legal regulations governing the consequences of the violation of peremptory norms. Such regulations cannot be invented on a case-by-case basis by individual States to suit their inclinations and idiosyncrasies. They can only derive from accepted conventional or customary rules. There is a clear lack of such rules in the matter which concerns us, that of immunity. Italy has been able to rely on only a single precedent to support its argument, that of its own *Corte di Cassazione*. Even the Greek courts, as is clear from the *Margellos* case, ultimately abandoned any waiver of immunity, sensing that approach to be utterly iconoclastic, dangerous and unfounded. Is it not telling that, in order to show what it calls “a far more complex picture” (Rejoinder, para. 4.19), Italy is forced to pull out all the stops by invoking *dissenting* (and hence minority!) opinions and highly diverse legislative *tendencies*? You yourselves have rightly refused to be taken in by the magic spell of *jus cogens*, noting that the “violation” of a peremptory

rule is one thing but that your jurisdiction is quite another. Indeed, were not very similar attempts made to convince you that, when it comes to the essential values embodied in *jus cogens*, recourse to the courts was a necessary obligation so as not to leave unpunished such a serious situation? But what action did you take in the case of the *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda* in 2006? You applied the law of the Statute as the relevant rule, which we may call the “secondary” rule. *Jus cogens* did not prevail over that rule, precisely because this concept does not connote a generalized normative hierarchy under which certain well-established rules of international law can be set aside one by one, according to the needs of the moment.

51

4. Article 41 of the Articles on State Responsibility of 2001 is of course cited by way of objection (Rejoinder, para. 4.11). However, far from contradicting our position, this provision provides grist for our mill. It specifies two consequences of the “violation” of a rule of *jus cogens* having the required gravity: a duty to co-operate in order to bring to an end the situation created (para. 1) and a duty of non-recognition (para. 2). In fact, these are primary norms. The first is more or less new. The second has a long history independent of the “responsibility of States”. Neither do these obligations concern the setting aside of immunity, nor do they apply to all peremptory norms. I would refer in this connection, for example, to the peremptory norms giving rise to a duty of non-recognition, namely the unlawful use of force and the violation of the self-determination of peoples. The other peremptory norms are not included. Paragraph 3 of Article 41 also refers to general international law which, as we have shown, does not at present contain any rule enabling immunity to be set aside in the situations with which we are concerned. Article 41 therefore shows that the “violation” of a rule of *jus cogens* does not entitle a State to react by any means proportional to the gravity of the violation, at its own discretion: lifting of immunity, use of force, suspension of human rights, etc. On the contrary, the consequences of such violation must be measured against the existing “secondary” (or primary) norms and be compatible therewith. *Jus cogens* is not a sort of supernatural entity, subverting the entire body of international law in the splendour of a *legibus solutus* power. How strange a way to promote the coherence of the legal order in relation to its basic values, as favoured by our honourable opponents, by using this concept literally to eliminate the carefully calibrated system of secondary rules. The latter deserve your particular care and attention, as they are of decisive importance for combating the

ever threatening and ugly hydra of unilateralism and denial of international law. No pretext should be good enough for such an intention or such a result.

2. *Jus cogens* is not a general rule governing the hierarchy of norms

52 5. Allow me secondly to take up the idea that I have just outlined in more general terms, namely with regard to primary rules. If *jus cogens* genuinely concerned a generalized legal hierarchy of all the norms of international law, with norms incorporating higher values taking precedence over those reflecting less lofty values, we would be faced with the veritable collapse of international law. In vain does Italy seek feverishly to hide this fact, which it clearly perceives, by skilfully juggling this hierarchy, by referring to a special case, an *ultima ratio* in case of denial of justice, and other things of the same kind. But the fact remains, because it is a stubborn fact. Let us consider the matter clear-sightedly and dispassionately. The suggestion by the Italian *Corte di Cassazione*, which I assume to be shared by many observers, is that human dignity — a concept which moreover comes from German constitutional law — represents the highest value in this world. I find this equation a little spare and self-serving, defined by us humans as both judge and jury, and no doubt useful for what it includes, but useless for what it excludes; but anyway, let us concede that point. If we now apply the logic of a very simple, linear and primary hierarchy, as used by the *Corte di Cassazione*, even allowing for more or less tortuous and baroque embellishments, designed clumsily to distract our gaze from the essentials, we reach a frightening conclusion: the entire international legal order, developed by the wisdom of history and the beneficial impact of realities, may be swept away with the stroke of a pen, may be subverted with no apparent limit other than that of unbridled subjectivism. Human rights, reflecting human dignity, have primacy, in case of real need, over any other norm of international law: woe to diplomatic law; woe to the law of immunities; woe to sovereignty and territorial integrity; woe to the law of treaties and *pacta sunt servanda*; woe perhaps to the concept of non-recourse to force; and a pox on anything that may be opposed to human rights. As a court of justice that upholds the law, you cannot sanction such anarchy, concealed behind an ordered hierarchy! For there is worse to come, which I have not yet mentioned. Indeed, who is to decide whether the need to enforce a hierarchically higher rule exists in a given case? The general rule of international law would apply

53 to such circumstances: each State makes its own assessment of the legal situations in which it is involved. You rightly made this point in the 1951 *Genocide* case. We would thus be witnessing a “softization” of international law as a whole, the emaciated body of which could be used by each State for pick-and-choose policies shielded by the permissive screen of *jus cogens*. We would be faced with unbridled subjectivism in terms of repeated balancing acts undertaken on a case-by-case basis by a diverse array of players, each acting at its own arbitrary discretion. In seeking to advance the cause of international law, with an inopportune doctrine of hierarchy freely determined by each subject, we risk — better said, we will be — bringing about its death. Faust, his soul and the devil do not show the way to salvation. We cannot clean up a small patch of international law by shaking its foundations, by undermining the very basis of its workings.

3. *Jus cogens* is not supposed to derogate from general international law

6. Thirdly, I very much doubt that *jus cogens* can be of use as a hierarchical norm in cases of competition between two norms of general international law, one peremptory, the other non-peremptory. In this instance: reparation for international crimes (*jus cogens*) against immunity (granted that this is not *jus cogens*). *Jus cogens* deals with the relationship between a general rule and a specific rule. It concerns the derogation of one norm by another in this precise context. That is its rightful place. But what do we have here? Two general norms of customary law. Either one or the other. Either the higher peremptory norm exists, in which case a contradictory non-peremptory norm cannot exist at the same time, since the practice of States cannot be self-contradicting; it must come down on one side or the other. Or the inferior non-peremptory norm prevails, in which case the higher peremptory norm lapses in whole or in part, despite its peremptory character. This is so because a customary norm must always be backed by general practice and legal opinion. If a new effective practice and new legal opinion become manifest, this necessarily means that the former practice and legal opinion supporting the peremptory norm have been effaced. In this case, a customary norm — even a peremptory one — cannot be maintained. Despite being peremptory, such a norm remains nonetheless customary. Without the backing of practice and legal opinion, it is extinguished like a fire deprived of oxygen. Basically, a conflict between two general customary norms (including peremptory ones) cannot

exist. In the area of customary law, the question is rather whether one norm has been modified (for example, partially extinguished) in relation to another. The situation would be different if *jus cogens* were envisaged as being based on a conventional source, but this question does not arise in the present context. In this case, the norm regarding immunity has not been modified. State practice has not thus far yielded exceptions in the matter that interests us here. *Jus cogens* is therefore of no assistance.

54 4. Questions of intertemporal law

7. Lastly, let me add a word about questions of intertemporal law. Our honourable opponents would have you believe that *jus cogens* was already well established at the time of the Second World War and in its immediate aftermath. They are clearly right. But I would draw your attention to the fact that, at the time — and ever since natural law and the law of nations have existed — this concept was purely doctrinal. Is it not telling that our opponents are obliged to cite Grotius, De Vitoria, Wolff (they forget De Vattel), Judge Walter Schücking or Alfred Verdross (we could have added many other names, such as the jurist/poet S. Sfériadès)? In the realm of positive law, *jus cogens* indubitably came into being with the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. This may be regretted but it cannot be ignored. My rather extensive research on *jus cogens*, with which you are perhaps familiar, enables me to make this claim in full knowledge of the facts.

8. Could the *jus cogens superveniens* of Article 64 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties be invoked? Let us consider that possibility. However, the emergence of a new peremptory norm (*jus cogens superveniens*) presupposes that a customary norm is subsequently established. I believe that Germany has been able to show that such is not the case. One swallow does not make a spring; the precedent of the Italian *Corte di Cassazione*, in its “splendid isolation”, is not the first cuckoo of a practice, which — the cuckoo — unfailingly announces the spring, as it arrives in our climes only when it can hide behind leaves (a timid bird, the cuckoo).

5. Conclusions concerning *jus cogens*

9. One must be careful about how one handles the concept of *jus cogens*. Generous, flexible, suggestive, it often tends to obstruct our view and make the most elementary legal truths recede

into the background. By way of example, I would take a phrase cited in the pleadings of both Parties in this case. Professors Belsky, Roth-Arriaza and Merva identify *jus cogens* with a system “of rules that States may not violate”. Could this be worded less pertinently? I do not think so. Indeed, this phrase suggests very directly, almost irresistibly, that States may violate the ordinary rules of international law, provided only that they do not violate the peremptory ones. Your Court knows how far such an allegation is from the truth.

55

10. No matter how and from what angle one considers the issue, under positive law as it stands at present, *jus cogens* cannot be used to justify any waiver of State immunity.

B. The consequences of setting aside immunity

11. I shall turn now to the consequences of setting aside immunity. The question of the consequences of any given legal choice is not an element of positive law. It is, however, indissociable from it, since the law is there to serve certain purposes or achieve certain objectives. The law does not exist in a vacuum. It is there to be applied to practical circumstances and human situations. When it comes to international law, which has to do with the lives of States and nations, it is even more necessary not to lose sight of those situations and objectives. Courts cannot dissociate themselves from the endeavour to serve the common good and bring justice, or from their responsibility for achieving them. Within the boundaries created by positive law they must assess the possible consequences of their choices and adjust those choices in order to ensure, as far as possible, that society as a whole prospers. In any event, they must take pains to ensure that they do not disrupt society or destroy its delicate balances.

12. What would be the probable consequences of a decision to set aside immunity? I do not need to indulge in any wild speculation or make outlandish assumptions here. A Court of Justice such as yours is too well aware of the importance of precedents and their implications for me to need to labour the point. Let us consider, one by one, the most likely consequences if you decide to set aside State immunity in the context we are dealing with here.

1. Destabilization of peace agreements

13. First of all, you would fatally destabilize peace agreements, which are made to last and which enable countries to move on from war and draw a line under a very painful chapter. The

56

hostilities of war and the agonies of being at war would thus drag on indefinitely in peacetime. In a way, the war would never end. I do not need to remind this Court of the importance that peace agreements have traditionally held in the settlement of armed conflicts and the creation of a post-war order. I do not need to remind you of the importance that has always been attached, rightly or wrongly, to the purpose served by these agreements. In setting aside immunity retroactively, the Court would be making it possible for all these settlements to be reopened, particularly all those concluded to bring the Second World War to an end. Anyone would be able to use the Court's decision as a basis for complaints and claims not yet satisfied, whether old or newly thought up. If that applies for individual complaints following violations of the laws of war, why would it not also apply for other matters? An agreement constitutes a whole. Moreover, even with complaints relating to compensation for violations of the laws of war, such as those we are dealing with today, the domino effect is all too likely. What could be a more powerful encouragement than the lure of obtaining "compensation", or, to put it more bluntly, money? And why would it stop with Germany? Once the example had been set, who would stop the avalanche of actions in all the other post-war situations? Our opponents are well aware that even with their conditioned rule, in which immunity is set aside in a very clever and carefully managed way, Italy itself could be confronted with all sorts of complaints from many different sources — Ethiopia, Libya, Albania, Greece, Yugoslavia, perhaps even Spain. And what about the other wars that the world has witnessed since 1945, or even before? No peace settlement would be final. None would withstand being undermined by individual complaints. The principle of *pacta sunt servanda* itself, seen as so important by courts including your own, would also be subverted. There could be no legal certainty created by peace agreements, healing the wounds inflicted by war. Individuals would constantly be in a position to attack them, damage them, and could, in practice, force them to be revised. They would be able to ruin the efforts of governments to strike a lasting and responsible balance in the overall post-war settlement. Is this fair? And is it practicable? This is a question I would particularly address to those judges among you who come from a country that has been ravaged by a war.

2. Unlimited trials and “forum shopping”

57 14. Secondly, and alongside the situation I have just been describing, we would quickly see a fairly unco-ordinated and unhealthy “race” to go to court, with every man for himself and everyone out to get as much as possible. There would be untold numbers of trials around the world, proliferating and spreading out of control. In the “market” for these trials, “forum shopping” would be standard practice. The fact that Greek complaints have been transferred to Italy is already eloquent proof of this, and is sure to be imitated. The domestic courts would thus be trying to outdo each other in being the most generous. I hardly need to spell out the sort of unbridled unilateralism that this sort of development would be sure to create. No one would welcome the hugely negative impact that the “most generous court” would have. Germany, which I have the honour to represent, feels that this would above all lead to an endless increase in international anarchy and potentially unhealthy competition entirely coloured by ulterior motives, which are all too common in the rather discordant world of international relations. Should we not be asking ourselves whether this is the right or best way to proceed, given the likely outcome? I hardly need mention the huge costs that all these proceedings would generate, since in any case money is never discussed before a court such as yours.

3. Danger of political manipulation

15. Thirdly, there is a risk that setting aside immunity will be, as our American friends put it, a “loaded gun”, in other words that it will trigger all kinds of political manipulation. Who will prevent scores from being settled? How many countries have a truly independent judicial system? Even in the most democratic countries with the widest experience of the pre-eminence of law, the executive always has at least some ties with the judiciary and gives it instructions. Once immunity has been weakened or even mortally wounded, once it has been reduced to dust, the way will be open to use the courts to antagonize foreign States. The sovereign equality of States would thus be jeopardized, since it would be a case of *par in non parem imperium habet*. Yet sovereign equality is one of the founding principles of the United Nations Charter (Art. 2, para. 1) and of general international law. You will say that we are a long way from that situation in the present case, which deals with terrible crimes which Germany committed years ago. My answer is that legal

58 precedents tend to shed the personality of the parties after the proceedings in which they have been formulated. You have one such case before you today. Tomorrow you will have others.

4. Significant strengthening of unilateralism in international relations

16. Fourthly, opening the floodgates for proceedings within each State by eliminating the obstacle of immunity would give free rein to unilateralism. Each State, of which the judiciary is a State organ according to Article 4 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), would act according to its own agendas. My question is this: what is the fundamental purpose of international law? What is the core reason for its existence? It is sometimes said that the function of international law is to protect the weak against the strong. I would say that on an even more fundamental level it is to bar the way to unilateralism, in other words to self-evaluation and unfettered self-action. These are the very negation of a situation or a society governed by law. Will this Court want to give its backing to a solution that would be tantamount to handing victory to triumphant unilateralism?

5. Proliferation of conflicting relations between States

17. Fifthly, setting aside immunity would risk triggering a virtually endless proliferation in conflicting relations between States and between governments. Growing numbers of increasingly unpredictable trials would irritate more and more governments, which would see their relations becoming increasingly stormy. The present case is a fairly benign example. Germany and Italy, whose bonds of close and lasting friendship have been strengthened and tempered by history, have not allowed any sort of crisis or deterioration in their relations. The same will not be true in future cases which will inevitably arise if immunity is abandoned. Individuals would be in a position to cause serious problems in relations between governments. Modern international law is based on co-operation and growing trust between States. Without that, nothing permanent can be constructed. The pitfalls I have described can be prevented if governments reach an overall settlement on complaints resulting from a war. This ensures that the issues do not become grounds for discord, but become part of the overall negotiations. Surely this is preferable?

59 6. More difficult for States to own assets abroad

18. Sixthly, if immunity is set aside, States would be well advised not to own any property outside their own borders. What an anachronism in our interdependent, globalized, early twenty-first century world! But also, how impossible! The present case clearly highlights this, though in a very muted way. An Italian-German cultural centre is under threat of being seized and sold off, to the detriment of relations between the two States and the two nations, and of all those who enjoy activities at the centre. Once immunity from enforcement has disappeared along with jurisdictional immunity, crushed under the weight of so-called *jus cogens*, how could any other item of property be protected from being seized and sold? Bank accounts, industrial holdings, cultural exchange centres, government foundations, the property of heads of State, warships, perhaps even embassy buildings. While human dignity is the leading concern of international legislation, all the different sorts of property I have just mentioned are seen as less important. Does that mean that they could not be seized and sold? On the contrary. A State would therefore be well advised not to own property abroad. It would no doubt find some sort of legal device to avoid being named as the formal owner. Then the legal challenge would be all about “unmasking” the real owners. I ask you: do we really want to get to that point? Is not co-operation between States itself something worth protecting? And if we set aside immunity, will we not be putting that co-operation directly at risk?

7. Justice

19. Some people might say what about justice, which is what we all want to see? But is it just to produce an outcome like the one I have just described? Is it just to take a nation “hostage” for all eternity, as it were, by endlessly holding it collectively responsible for the wrongdoings of a régime long ago? It should certainly pay reparations, but it should also be allowed to draw a line in the sand too. Would people think me insensitive to the terrible suffering of the victims, whereas I am actually anything but insensitive to them, if I dared to ask how many generations of descendants should face potential demands for financial compensation for wrongs suffered years ago? If we agree to this for the Second World War, why not for earlier wars? Are there not those still entitled by succession? Justice cannot be seen from one side only. Justice affects both sides,

since on both sides there are today's men and women, not yesterday's. I hope you will give this point serious consideration. It struck me very deeply.

20. Clearly, it is often impossible to achieve perfect justice because we have to distribute assets. So a solution may seem just if injustice too is more or less equally distributed. The Court was well aware of this when, before detailing the four existing exceptions in current positive law, it reaffirmed the personal immunity of serving Ministers for Foreign Affairs. It affirmed this approach when an accusation of international crimes was made in criminal proceedings before the courts of a different State (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, para. 56 *et seq.*). The reasoning at the time was the same as in the present case: preserving the equality of States, allowing international relations to continue without major problems, combating unilateralism. Judgments by international criminal courts are fine; *carte blanche* for judgments by domestic criminal courts is not. Germany considers that the Court should follow the same line of reasoning in the present case. It should confine itself to applying the law in force. In the light of what I said earlier, it is clear that any attempt to create new law for the issue we are dealing with here would not be welcome. In any event, it would not be for this Court or any other court of justice to take on the task, which is a matter for the legislature and the States.

61 21. I should like to conclude my statement with a little story. There was once a house where a large family lived. When one of the sons left home and built his own house he asked his father if he could take a big square stone from the wall of the family home, to use as the foundation stone for his own wall. His affectionate father agreed. Later on the other sons and daughters all left one by one, and each wanted to build their own house. One also asked for a square stone, another asked for two. Their father didn't feel he could refuse since he had allowed the eldest to take one. One day the family home started swaying, then collapsed. You will have realized the obvious meaning of this simple little story. Let me put it this way: the individual good, however important it may be, cannot always take precedence over the common good. Human rights have their place in the overall structure, but they should not ignore it, attack it or jeopardize it.

Mr. President, Members of the Court, I have come to the end of my pleading. Thank you for your attention so late in the morning.

Mr. President, I would be grateful if you would allow Ms Wasum-Rainer to summarize the main points of our argument. Thank you.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Robert Kolb pour son exposé. J'invite maintenant S. Exc. l'Ambassadeur Suzanne Wasum-Rainer à présenter ses observations de clôture au nom de la République fédérale d'Allemagne.

Mme WASUM-RAINER : Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, permettez-moi de résumer en deux minutes les aspects les plus importants de notre argumentation.

1. Ce matin, nous avons montré que la Cour de cassation, en refusant d'appliquer le principe de l'immunité de l'Etat à l'Allemagne à l'égard d'actes effectués *jure imperii*, ne s'est pas conformée au droit international existant.
2. La cour justifie sa jurisprudence par son intention de créer une nouvelle règle de droit international, mais n'a pas donné de raison valable pour adopter une telle approche étrangère au droit existant et a méconnu la dimension intertemporelle du droit international.
3. Il est erroné de déduire de la gravité d'une violation du droit international ou d'une violation du droit positif, une base de juridiction ayant préséance sur le principe de l'immunité de l'Etat.
4. La Cour de cassation fait également erreur lorsqu'elle considère immunité personnelle et responsabilité personnelle comme synonymes d'immunité de l'Etat et de responsabilité de l'Etat.
5. Nous avons montré que sept ans après sa décision *Ferrini*, la pratique des Etats prouve que la Cour de cassation demeure toujours aussi isolée dans sa conviction erronée que l'immunité de l'Etat à l'égard d'actes souverains peut souffrir une quelconque exception. Il n'en est rien. L'immunité juridictionnelle à l'égard d'actes *iure imperii* continue d'être une règle ferme du droit international.
- 62 6. L'Italie s'efforce en vain de s'appuyer sur une exception en matière de responsabilité délictuelle à l'égard de l'immunité de l'Etat. Une interprétation exacte du droit coutumier, tel qu'il est exprimé à l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats, mène cependant à l'inévitable conclusion que cette exclusion ne s'applique pas à la conduite des forces armées en période de conflit armé.

7. En outre, l'Italie ne saurait s'appuyer sur l'argument selon lequel elle aurait écarté l'immunité de l'Etat par nécessité. Cet argument ne peut emporter la conviction car ni pendant les années 1940 ni aujourd'hui, le droit international humanitaire n'a jamais prévu de droit individuel à la réparation.
8. Enfin, l'Italie fait également fausse route, pour un certain nombre de raisons, lorsqu'elle invoque le concept de *jus cogens* dans ses moyens de défense.

Conformément au Statut de la Cour, l'Allemagne présentera ses conclusions officielles à la fin du second tour de plaidoiries.

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, je vous remercie au nom de toute mon équipe.

Le PRESIDENT : Je remercie Mme l'Ambassadeur Suzanne Wasum-Rainer de ses observations de clôture pour le premier tour de plaidoiries. Voilà qui met fin à l'audience d'aujourd'hui. Les audiences reprendront à 10 heures demain pour permettre à l'Italie de présenter son premier tour d'observations orales. L'audience est levée.

L'audience est levée à 13 h 05.
