

CR 2011/19

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

ANNÉE 2011

Audience publique

tenue le mercredi 14 septembre 2011, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Owada, président,

*en l'affaire relative aux Immunités juridictionnelles de l'Etat
(Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*

COMPTE RENDU

YEAR 2011

Public sitting

held on Wednesday 14 September 2011, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Owada presiding,

*in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State
(Germany v. Italy: Greece intervening)*

VERBATIM RECORD

Présents : M. Owada, président
M. Tomka, vice-président
MM. Koroma
Al-Khasawneh
Simma
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov
Cançado Trindade
Yusuf
Greenwood
Mmes Xue
Donoghue, juges
M. Gaja, juge *ad hoc*
M. Couvreur, greffier

Present: President Owada
Vice-President Tomka
Judges Koroma
Al-Khasawneh
Simma
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov
Cañado Trindade
Yusuf
Greenwood
Xue
Donoghue
Judge *ad hoc* Gaja
Registrar Couvreur

Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne est représenté par :

S. Exc. Mme Susanne Wasum-Rainer, ambassadeur, directeur général des affaires juridiques et conseiller juridique du ministère fédéral des affaires étrangères,

S. Exc. M. Heinz-Peter Behr, ambassadeur de la République fédérale d'Allemagne auprès du Royaume des Pays-Bas,

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,

comme agents ;

M. Andrea Gattini, professeur de droit international public à l'Université de Padoue,

M. Robert Kolb, professeur de droit international public à l'Université de Genève,

comme conseils et avocats ;

M. Guido Hildner, chef de la division du droit international public au ministère fédéral des affaires étrangères,

M. Götz Schmidt-Bremme, chef de la division du droit international en matière civile, commerciale et fiscale au ministère fédéral des affaires étrangères,

M. Felix Neumann, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

M. Gregor Schotten, ministère fédéral des affaires étrangères,

M. Klaus Keller, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

Mme Susanne Achilles, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

Mme Donata von Straussenburg, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

comme conseillers ;

Mme Fiona Kaltenborn,

comme assistante.

The Government of the Federal Republic of Germany is represented by:

H.E. Ms Susanne Wasum-Rainer, Ambassador, Director-General for Legal Affairs and Legal Adviser, Federal Foreign Office,

H.E. Mr. Heinz-Peter Behr, Ambassador of the Federal Republic of Germany to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Christian Tomuschat, former Member and Chairman of the International Law Commission, Professor emeritus of Public International Law at the Humboldt University of Berlin,

as Agents;

Mr. Andrea Gattini, Professor of Public International Law at the University of Padua,

Mr. Robert Kolb, Professor of Public International Law at the University of Geneva,

as Counsel and Advocates;

Mr. Guido Hildner, Head of the Public International Law Division, Federal Foreign Office,

Mr. Götz Schmidt-Bremme, Head of the International Civil, Trade and Tax Law Division, Federal Foreign Office,

Mr. Felix Neumann, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Gregor Schotten, Federal Foreign Office,

Mr. Klaus Keller, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Susanne Achilles, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Donata von Straussenburg, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers;

Ms Fiona Kaltenborn,

as Assistant.

Le Gouvernement de la République italienne est représenté par :

S. Exc. M. Paolo Pucci di Benisichi, ambassadeur et conseiller d'Etat,

comme agent ;

M. Giacomo Aiello, avocat de l'Etat,

S. Exc. M. Franco Giordano, ambassadeur de la République italienne auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagents ;

M. Luigi Condorelli, professeur de droit international à l'Université de Florence,

M. Pierre-Marie Dupuy, professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales et du développement de Genève et à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas),

M. Paolo Palchetti, professeur associé de droit international à l'Université de Macerata,

M. Salvatore Zappalà, professeur de droit international à l'Université de Catane, conseiller juridique à la mission permanente de l'Italie auprès de l'Organisation des Nations Unies,

comme conseils et avocats ;

M. Giorgio Marrapodi, ministre plénipotentiaire, chef du département juridique du ministère des affaires étrangères,

M. Guido Cerboni, ministre plénipotentiaire, coordinateur pour les pays d'Europe centrale et occidentale à la direction générale de l'Union européenne au ministère des affaires étrangères,

M. Roberto Bellelli, conseiller juridique à l'ambassade d'Italie au Royaume des Pays-Bas,

Mme Sarah Negro, premier secrétaire à l'ambassade d'Italie au Royaume des Pays-Bas,

M. Mel Marquis, professeur de droit à l'Institut universitaire européen de Florence,

Mme Francesca De Vittor, chercheur en droit international à l'Université de Macerata,

comme conseillers.

The Government of the Italian Republic is represented by:

H.E. Mr. Paolo Pucci di Benisichi, Ambassador and State Counsellor,

as Agent;

Mr. Giacomo Aiello, State Advocate,

H.E. Mr. Franco Giordano, Ambassador of the Italian Republic to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agents;

Mr. Luigi Condorelli, Professor of International Law, University of Florence,

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, and University of Paris II (Panthéon-Assas),

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor of International Law, University of Macerata,

Mr. Salvatore Zappalà, Professor of International Law, University of Catania, Legal Adviser, Permanent Mission of Italy to the United Nations,

as Counsel and Advocates;

Mr. Giorgio Marrapodi, Minister Plenipotentiary, Head of the Service for Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Guido Carboni, Minister Plenipotentiary, Co-ordinator for the countries of Central and Western Europe, Directorate-General for the European Union, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Roberto Bellelli, Legal Adviser, Embassy of Italy in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Sarah Negro, First Secretary, Embassy of Italy in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Mel Marquis, Professor of Law, European University Institute, Florence,

Ms Francesca De Vittor, International Law Researcher, University of Macerata,

as Advisers.

Le Gouvernement de la République hellénique est représenté par :

M. Stelios Perrakis, professeur des institutions internationales et européennes à l'Université Panteion d'Athènes,

comme agent ;

S. Exc. M. Ioannis Economides, ambassadeur de la République hellénique auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agent adjoint ;

M. Antonis Bredimas, professeur de droit international à l'Université nationale et capodistrienne d'Athènes,

comme conseil et avocat ;

Mme Maria-Daniella Marouda, maître de conférences en droit international à l'Université Panteion d'Athènes,

comme conseil.

The Government of the Hellenic Republic is represented by:

Mr. Stelios Perrakis, Professor of International and European Institutions, Panteion University of Athens,

as Agent;

H.E. Mr. Ioannis Economides, Ambassador of the Hellenic Republic to the Kingdom of the Netherlands,

as Deputy-Agent;

Mr. Antonis Bredimas, Professor of International Law, National and Kapodistrian University of Athens,

as Counsel and Advocate;

Ms Maria-Daniella Marouda, Lecturer in International Law, Panteion University of Athens,

as Counsel.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open.

This morning we shall hear Greece's observations with respect to the subject-matter of its intervention in the case.

Let me recall that tomorrow, Thursday 15, and Friday 16 September, Germany and Italy will in turn present their observations on that subject-matter during the course of their second round of oral argument.

I shall now give the floor to the Agent of Greece, Mr. Stelios Perrakis, who is invited to step up to the rostrum.

M. PERRAKIS : Monsieur le président, honorables Membres de la Cour, c'est la première fois que je plaide devant votre haute juridiction et il est opportun d'emblée d'exprimer ma profonde considération pour la Cour et son œuvre depuis soixante-six années ainsi que mon dévouement à la justice internationale et le droit international. C'est un grand honneur et un privilège de pouvoir prendre la parole devant vous en représentant mon pays, la République hellénique

I. REMARQUES INTRODUCTIVES

1. L'instance en cours, devant vous, n'est pas une affaire ordinaire. Elle constitue un tournant, dont la substance dépasse les limites d'un simple litige bilatéral interétatique. Car, l'enjeu, le cœur de sa finalité, derrière des notions établies, acceptées ou en mutation, est le duel projeté entre la souveraineté étatique et l'individu. Entre l'immunité juridictionnelle de l'Etat, face à l'individu dont les droits sont bafoués et constituent des violations graves du droit humanitaire.

2. L'examen de l'immunité de l'Etat, matière sensible dans sa mise en œuvre, doit faire face à des règles substantielles dérivant de la responsabilité internationale de l'Etat, de son obligation de réparer pour les préjudices causés et du droit individuel de la victime à la réparation.

3. L'affaire *Allemagne c. Italie* se déroule devant la Cour au moment où la communauté internationale s'engage concrètement à promouvoir un ordre international constitutionnel où prévalent la démocratie, l'Etat de droit, les droits de l'homme, et où la justice règne. Comme le grand tragédien grec Aeschylus raconte dans son œuvre *Euménides*, «[là], où la Justice, vainquant Erinyes, les déesses de vengeance, et les aspects barbares de l'humanité, promet à Athènes, que son

siège, le siège de la justice, sera un fort, un rempart de salut, aussi large que la terre d'Athènes, fort comme l'Etat-cité...».

4. Il m'est difficile de croire que la question fondamentale dans le litige en cours à savoir l'immunité étatique face aux droits de l'individu risque d'ébranler les assises du droit international, ou bien que le développement en la matière pourrait constituer un danger pour le droit international, comme on le prétend. Et je dois rappeler que la communauté internationale, dont l'architecture institutionnelle et juridique se cristallise avec la Charte des Nations Unies de 1945, n'affirme pas seulement l'égalité souveraine des Etats, mais elle consacre l'avènement de droits de l'homme dans la Société des Nations.

5. La République hellénique se présente devant la Cour, suite à l'ordonnance rendue par votre Cour, le 4 juillet 2011, concernant la requête de la République hellénique à fin d'intervention dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*. Dans cette ordonnance la Cour autorisa la République hellénique d'intervenir dans l'instance en cours, en tant que non-partie, conformément à l'article 62 du Statut de la Cour.

6. Conformément à l'article 85, paragraphe 1, du Règlement de la Cour, la Grèce a déposé, le 3 août, sa déclaration écrite sur laquelle des commentaires allemands furent adressés le 26 août.

7. La Grèce souhaite déclarer, d'emblée et d'une manière significative, que son intervention dans l'affaire qui oppose l'Allemagne et l'Italie sur l'immunité juridictionnelle de l'Etat, n'a pas et n'avait jamais l'intention d'affecter d'aucune manière les relations excellentes qu'elle maintient avec les deux pays, Parties au litige.

8. Le but de l'intervention hellénique fut expliqué dans sa requête à fin d'intervention du 13 janvier 2011 et ses observations écrites du 4 mai 2011. Il fut clairement décrit dans l'ordonnance de la Cour du 4 juillet 2011. En effet, la République hellénique entend contribuer, dans les limites posées par la Cour dans son ordonnance, sur la base des décisions rendues par la justice grecque, en l'affaire *Distomo*, à l'évaluation de la situation juridique prévalant sur une question en mutation et le développement progressif du droit international ; dans un domaine si important pour l'ordre juridique international et la position de l'individu à ce niveau.

9. Notre plaidoirie aujourd'hui va aborder, en premier lieu, le contexte factuel de l'affaire en instance et de notre intervention. Ensuite on va clarifier les jugements émanant des juridictions

grecques dans l'affaire emblématique du *Massacre de Distomo*. Il s'agit d'une élaboration sur les dimensions juridiques, dérivant à la fois du droit national et international, qui les soutiennent. Cette approche reprend le contexte factuel des questions à l'origine de l'affaire du *Massacre de Distomo*. Aussi, elle contient la construction juridique élaborée par les tribunaux grecs concernés, à la lumière des questions portant sur l'immunité étatique, de la responsabilité internationale, ainsi que des actions civiles abordées également dans le cadre de l'exécution de l'arrêt *Distomo* sur le sol italien. Une référence est faite aussi à l'arrêt *Margellos et autres* de la Cour suprême spéciale.

10. Ensuite, nous allons procéder à l'appréciation des jugements à la lumière du droit international et de son développement récent, afin d'analyser les différentes composantes qui articulent la question. Enfin on va conclure avec les conséquences juridiques que l'arrêt de la Cour aura sur cette question. En dépit de l'intérêt général que cette question présente, certainement, pour tout Etat, on se réfère aux conséquences concrètes que le jugement de la Cour aura en Grèce sur les affaires pendantes et futures similaires à celles qui ont été jugées déjà par les tribunaux grecs.

II. LE CONTEXTE FACTUEL ET FONCTIONNEL DE L'AFFAIRE EN INSTANCE ET L'INTERVENTION HELLÉNIQUE

Monsieur le président, honorables Membres de la Cour, permettez-moi maintenant de me référer au contexte factuel et fonctionnel de l'affaire en instance et l'intervention hellénique.

11. Dans le litige opposant l'Allemagne et l'Italie, concernant l'adoption et l'exécution dans l'ordre juridique italien des divers jugements rendus par des instances juridictionnelles italiennes — en violation, selon l'Allemagne, de son immunité juridictionnelle dont elle jouit en vertu du droit international — aux fins de réparations à des individus victimes de violations graves du droit international humanitaire, commises par le III^e Reich et les forces armées allemandes durant la seconde guerre mondiale, un des griefs allemands — le troisième — met en exergue l'exécution en Italie d'un jugement grec dans l'affaire du *Massacre de Distomo*. Il s'agit, en effet, du jugement rendu par le tribunal de première instance (*Protodikeio*) de Livadia, confirmé par la Cour de cassation (*Areios Pagos*) qui condamnait l'Etat allemand à dédommager des citoyens grecs, victimes du massacre perpétré à Distomo par les forces armées allemandes, qui remonte au 10 juin 1944 alors que la Grèce se trouvait sous occupation allemande.

12. Le 25 septembre 1997, le tribunal de première instance de Livadia a condamné l'Allemagne pour les violations graves du droit humanitaire commises lors du massacre et accordé aux parents des victimes de ce massacre des dommages-intérêts. L'Allemagne présenta un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation hellénique. La haute juridiction grecque en 2000 confirma le jugement de Livadia avec une écrasante majorité. Toutefois la décision de Livadia, devenue définitive, n'a pas pu être exécutée en Grèce, car le ministre de la justice n'a pas accordé l'autorisation requise par l'article 923 du code de procédure civile grec pour l'exécution d'une décision contre un Etat tiers.

13. En outre, les requérants, devant le refus du ministre de la justice de consentir à la prise des mesures provisoires, dans le cadre de l'exécution du jugement de Livadia, ont saisi le Conseil d'Etat qui, par l'arrêt 3669/2006 de sa plénière, confirma que l'acte du ministre relève entièrement de la souveraineté de l'Etat, étant un acte de gouvernement non contrôlé par les juridictions.

14. Les requérants ont introduit un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme (affaire *Kalogeropoulos et autres*). Dans ce recours contre la Grèce et l'Allemagne, ils ont allégué une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne, ainsi que de l'article 1 du premier protocole additionnel à cette convention, due au refus de se conformer au jugement du tribunal de Livadia. Le 12 décembre 2002, la Cour de Strasbourg déclara la requête irrecevable.

15. De l'autre côté, les requérants ont intenté devant des tribunaux allemands (tribunal régional de Bonn (1997), la haute cour régionale de Cologne, l'année suivante) une action afin d'exécuter le jugement de Livadia en Allemagne. Aucune suite positive n'a été donnée à l'action des victimes de Distomo. Ensuite, les requérants grecs ont introduit un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Celle-ci, le 26 juin 2003, rejeta le recours. L'explication du rejet des actions individuelles grecques se trouve à l'état législatif en Allemagne quant à la possibilité des victimes de violations du DIH d'introduire des réclamations, ainsi qu'à la position de juge allemand à l'égard du droit des individus-victimes à un tribunal et à la réparation.

16. En revanche, les victimes de Distomo ont pu obtenir satisfaction en matière d'exécution avec une décision de la cour d'appel de Florence, en date du 2 mai 2005, qui déclare exécutoire sur le sol italien le jugement de Livadia. Cette décision d'exécution du jugement rendu par le tribunal de Livadia devenait donc exécutoire, après que la *Corte Suprema di Cassazione* italienne

confirmait la décision de la cour d'appel de Florence. Le 7 juin 2007, les requérants grecs ont enregistré auprès du cadastre de la province de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, bien immobilier de l'Etat allemand.

17. Dans ce contexte de l'affaire, une référence est faite en l'affaire *Margellos et autres*, contre l'Allemagne. Le 17 septembre 2002, la Cour spéciale suprême adopta, à une majorité de 6 membres contre 5, une position contraire à celle de la Cour de cassation en 2000.

18. Le 13 janvier 2011, la République hellénique déposa, en vertu de l'article 62 du Statut, une requête à fin d'intervention dans l'instance en cours entre l'Allemagne et l'Italie. La Grèce insistait sur le fait que cette demande s'alignait avec son souhait de contribuer, en tant que «non-partie», à la bonne administration de la justice dans cette affaire.

19. Les deux Parties au litige en instance, dans leurs observations écrites, n'ont pas objecté formellement à la demande hellénique, même si l'Allemagne évoquait certaines considérations selon lesquelles la requête hellénique ne satisfaisait pas aux critères d'intervention du Statut.

20. La Cour a accueilli cette requête le 4 juillet. Dans son ordonnance, elle admet qu'il est «suffisamment établi que la Grèce a un intérêt juridique susceptible d'être affecté par l'arrêt qu'elle rendra dans la procédure principale».

Monsieur le président, Mesdames, Messieurs de la Cour, nous allons aborder maintenant la question de la position du juge grec face à l'immunité de l'Etat eu égard à la réparation pour violations du droit humanitaire dans le contexte du développement du droit international, et je vous prie, Monsieur le président, d'autoriser mon collègue, conseil et avocat, le professeur Antonis Bredimas, à prendre la parole.

The PRESIDENT: I thank Professor Sterios Perrakis, the Agent of Greece, for his presentation. I now invite Professor Bredimas to make his presentation.

M. BREDIMAS : Monsieur le président, honorables Membres de la Cour, c'est la première fois que je plaide devant votre haute juridiction, et c'est un très grand honneur et un privilège de pouvoir prendre la parole au nom de mon pays. Ma plaidoirie portera sur les jugements dans l'affaire du *Massacre de Distomo*, à savoir celui du tribunal de première instance de Livadia et, par la suite, celui de l'Areios Pagos, Cour de cassation grecque.

**III. LA POSITION DU JUGE GREC FACE À L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT EU ÉGARD
À LA RÉPARATION POUR VIOLATIONS GRAVES DU DROIT HUMANITAIRE
DANS LE CONTEXTE DU DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL**

A. Les jugements dans l'affaire du *Massacre de Distomo*

a. *L'arrêt du tribunal de première instance de Livadia*

21. En ce qui concerne le tribunal de première instance de Livadia, dans l'affaire *Préfecture de Viotia et autres c. Allemagne*, connue comme l'affaire du *Massacre de Distomo*, la préfecture de cette région de la Grèce centrale et 257 particuliers introduisaient le 27 novembre 1995 devant le tribunal de première instance de Livadia, capitale et siège de la préfecture, une demande en réparation. Les requérants demandaient à ce tribunal de déclarer recevables leurs demandes de réparation pour les dommages subis à la suite des atrocités commises par les forces armées de l'occupation allemande à Distomo le 10 juin 1944, tant matériels que moraux. Dans cet événement tragique d'horreur, 218 habitants du village, dont 7 bébés jusqu'à six mois, 15 enfants de 2 à 5 ans, 25 enfants de 6 à 12 ans (au total 47 enfants), 91 femmes, 25 vieux hommes, 20 couples, sans compter de nombreux viols et des meurtres de femmes enceintes — pour la plupart parents des requérants — étaient massacrés, leurs propriétés détruites, le village entièrement mis en feu.

22. La République hellénique considère qu'il n'est pas nécessaire d'insister longtemps sur les faits qui forment la base de l'affaire portée devant le tribunal de Livadia. Ils sont très bien connus de la Cour, des Parties au présent litige et bien au-delà. Un excellent bilan de ces faits se trouve dans l'opinion séparée du juge Cançado Trindade. Il est indiscutable que ces atrocités constituent des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, d'un ordre similaire à ce qui avait amené le Tribunal de Nuremberg à condamner différentes personnes à de lourdes peines, comme d'ailleurs dans d'autres procès après la seconde guerre mondiale, qui soulèvent bien entendu la responsabilité internationale de l'Etat allemand. L'Allemagne, dans ses commentaires du 26 août, ne conteste pas ces faits ni ces implications juridiques, et nous sommes satisfaits qu'on ne nie pas les évidences.

23. Distomo, comme Kalavryta et autres 88 endroits de massacre en Grèce, constitue un exemple d'une politique systématique de représailles de la puissance occupante. Une politique

répandue qui a abouti à la destruction de Distomo et tant d'autres villages grecs et à l'extermination d'une population civile innocente, d'une manière qualifiée «de barbarie».

24. Evoquant son immunité juridictionnelle, l'Allemagne refusa de se représenter à la procédure devant le tribunal de Livadia. Il est à noter, à cet égard, qu'il n'y a pas en Grèce une législation spécifique sur l'immunité de l'Etat. La question est régie d'une manière générale par l'article 3, paragraphe 1, du code de procédure civile grec qui stipule — simplement — que les étrangers jouissent d'immunité devant le juge grec, les tribunaux grecs interprétant ce terme comme incluant aussi les Etats.

25. Le tribunal de première instance de Livadia a d'abord examiné sa propre compétence d'office en vertu de l'article 4 du code de procédure civile, c'est-à-dire si le défendeur ne comparait pas en l'audience initiale, comme ce fut le cas de l'Allemagne. Le tribunal a également examiné sa compétence à la lumière de ce même article du code de procédure civile qui prévoit que : «Ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux grecs les ressortissants étrangers jouissant de l'immunité». De cette prérogative de l'immunité jouissent non seulement les particuliers, mais aussi les Etats étrangers, en tant que sujets du droit international public. Le tribunal, examinant cette dernière question, a adopté l'approche générale admise par le droit international public, à savoir la distinction entre actes de l'Etat relevant du droit international privé (actes *jure gestionis*), et ceux par lesquels se manifeste le pouvoir de l'Etat (actes *jure imperii*). Le tribunal de Livadia, à la suite d'une jurisprudence abondante des tribunaux grecs, reconnaît que les actes des Etats *jure imperii* sont soumis au principe de l'immunité. Dans ce contexte, le tribunal a procédé à l'examen de la question si les actes commis par les forces d'occupation allemandes à Distomo sont qualifiés d'actes *jure gestionis* ou *jure imperii*.

26. Cet examen se fait par le tribunal — et tout tribunal — grec selon le droit interne de l'Etat de forum, mais en suivant les principes établis par le droit international. Ces principes comprennent, entre autres, l'article 46 du règlement annexé à la convention de La Haye de 1907, d'après lequel «l'honneur, les droits de famille, la vie des personnes et leur biens ... doivent être respectés». Cette disposition constitue une obligation concrète pour les forces d'occupation qui sont tenues à la respecter. Partant de cette constatation, le tribunal de Livadia accepte qu'il s'agisse là — article 46 — d'une disposition de *jus cogens*, comme il est admis par le droit international

public. La conséquence de l'existence du *jus cogens* est que l'Etat ne peut évoquer le principe de l'immunité, lorsqu'il est poursuivi en justice pour violation des dispositions ayant ce caractère. Le tribunal de Livadia a basé cette conclusion sur l'arrêt du Tribunal de Nuremberg, selon lequel le droit de l'immunité ne s'applique pas lorsqu'il s'agit d'infractions ou d'actes que le droit international désapprouve, faisant ainsi référence à ce qui est admis postérieurement comme *jus cogens*. Partant, le tribunal fait les constatations suivantes : *a)* que l'Etat qui a violé une règle de *jus cogens* est réputé renoncer tacitement au principe de l'immunité, *b)* les actes de l'Etat qui violent le *jus cogens* n'ont pas un caractère d'actes souverains, *c)* que la souveraineté territoriale l'emporte sur le principe de l'immunité, qui ne peut pas être invoqué par un Etat dont les actes sont commis lors d'une occupation de guerre illicite. Enfin, *d)* prétendre à l'application de l'immunité des actes en violation du *jus cogens*, équivaudrait à un abus de droit. Pour tous ces motifs, le tribunal de Livadia, en répétant que les actes commis par les forces d'occupation allemandes ne constituent pas des actes de pouvoir souverain, a conclu, par conséquence, que l'Allemagne ne jouit pas du principe de l'immunité. Ainsi, le tribunal a jugé recevables les actions soumises devant lui par les plaignants.

27. Le tribunal de Livadia a mis en exergue, également, le principe *ex injuria jus non oritur*, concluant ainsi que des actes contraires au droit international ne peuvent pas abriter un droit à l'immunité de l'Etat responsable.

28. Se penchant sur la question de l'indemnisation des requérants, le tribunal considère ces demandes conformes au droit international, en renvoyant à l'article 3 de la convention de La Haye de 1907, selon lequel

«le belligérant qui violerait les dispositions du Règlement [de Lois et Coutumes de la Guerre..., c'est-à-dire de l'article 46] sera contraint, le cas échéant, à une indemnité, et il sera responsable de tous les actes commis par les personnes participant à sa force militaire».

Deux points y relatifs sont discutés par le tribunal de Livadia. *Primo*, que, bien que la Grèce n'ait pas ratifié ce Règlement, il n'en reste pas moins que les deux Etats (Grèce-Allemagne) sont liés par son contenu, dès qu'il fasse partie du droit international coutumier ; et *secundo*, que l'expression utilisée dans l'article 3 de la convention de La Haye «le cas échéant» ne signifie pas, selon la

doctrine, que nous sommes en présence d'une clause de flexibilité de la disposition, mais, au contraire, qu'il faut qu'un préjudice doit avoir lieu.

29. Par la suite, le tribunal de première instance examine deux questions provenant de certains instruments, nationaux ou internationaux, qui auraient pu avoir une incidence sur la question des réparations. D'une part, il analyse la loi grecque 2023 de 1952, qui prévoit que «l'état de guerre entre la Grèce et l'Allemagne prend fin à partir du 10 juin 1951», mais observe que cette même réglementation est conditionnée par une autre disposition, selon laquelle ceci est valable «sous réserve du règlement des questions et différends, survenus suite à la guerre, par le pacte de paix à conclure». D'autre part, il se penche sur l'article 5, paragraphe 2, de l'accord de Londres, du 27 février 1953, portant sur les dettes extérieures allemandes — accord ratifié par la Grèce, en 1956, qui prévoit qu' :

«il convient de suspendre —jusqu' à ce que le problème des réparations soit définitivement réglé— l'examen des prétentions relevant de la seconde guerre mondiale, formées par les pays qui furent en état de guerre avec l'Allemagne ou occupés par celle-ci au cours de cette guerre, et par les ressortissants de ces pays, contre le Reich et ceux qui l'ont servi, y compris les frais de l'occupation allemande, des actifs à des comptes compensatoires, acquis pendant l'occupation, ainsi que des prétentions contre le Reichskreditkassen».

30. Pour les juges de Livadia, bien qu'un traité de paix formel de l'Allemagne avec la Grèce n'ait pas eu lieu, le traité de Moscou de 1990, connu sous le nom de «4+2», les deux Etats allemands (République fédérale d'Allemagne, République populaire d'Allemagne) et les quatre Puissances vainqueurs (URSS, Royaume-Uni, Etats-Unis, France), constitue un traité de paix, du moment qu'on a réglé les questions du conflit armé de la seconde guerre mondiale. Le tribunal remarque que cette réglementation du traité de Moscou remplit la condition prévue par l'accord de Londres (que «le problème des réparations soit définitivement réglé par un traité»).

31. Enfin, le tribunal de Livadia procède à l'examen des demandes d'indemnisation qui doivent être acceptées, ainsi que, de celles qui doivent être rejetées, pour le motif qu'elles sont vagues ou sont relatives à la satisfaction pécuniaire pour lésion morale.

32. Le tribunal de Livadia dans sa décision n° 137/1997, accorda aux requérants environ 27 362 323 euros, somme que l'Allemagne devait verser, mais surtout adopta une décision perçue par les plaignants et l'opinion publique comme faisant justice.

b. L'arrêt de la Cour de cassation (Areios Pagos)

33. L'arrêt du tribunal de première instance de Livadia de 1997 fut porté en cassation par l'Allemagne en 1998. Avec son jugement de 1999, la première chambre civile de *Areios Pagos* renvoya l'affaire devant la plénière de la Cour de cassation, qui a émis son jugement le 25 mai 2000. Cet arrêt confirme l'arrêt du tribunal de Livadia et rejette le pourvoi en cassation de l'Allemagne.

La Cour de cassation entra dans le vif du sujet, en examinant les éléments constitutifs de la coutume internationale, c'est-à-dire la pratique générale et l'*opinio juris*. Elle constate que le principe de l'immunité souveraine des Etats étrangers constitue une règle de ce caractère, faisant partie intégrante du droit hellénique, selon l'article 28 de la Constitution, principe qui vise à éviter «les perturbations des relations internationales». La haute Cour répète l'arrêt du tribunal de Livadia en ce qui concerne la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* et que cette distinction s'établit sur la base du droit du forum. Elle se réfère, par la suite, au droit international conventionnel et surtout à la convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972, pour laquelle elle fait les remarques suivantes : tout d'abord, que cette convention fut ratifiée par huit Etats seulement — entre autres l'Allemagne —, mais la non-ratification par la majorité des Etats européens ne signifie pas que cela est dû à un désaccord avec les principes essentiels de celle-ci. Par ailleurs, la Cour de cassation estime que cette convention implique la codification du droit international coutumier en la matière. En tout état de choses, la Cour donne l'emphase à l'article 11 de la convention, selon lequel un Etat contractant ne peut invoquer son immunité devant un autre Etat contractant en relation avec la réparation d'un dommage causé par des délits commis à l'encontre d'une personne ou d'une propriété, et cela indépendamment du fait que ce délit fut commis par l'Etat *jure imperii* ou *jure gestionis*. L'arrêt examine, par la suite, les conditions prévues par la convention — prises cumulativement — c'est-à-dire l'existence d'un lien avec l'Etat du forum : que l'acte ait lieu sur le territoire de l'Etat du forum, et que l'auteur ait été présent sur le territoire de l'Etat où le crime a eu lieu.

34. L'*Areios Pagos* prête un intérêt spécial au fait que la convention de 1972 inaugure et influence la législation de plusieurs Etats, surtout non européens (Etats-Unis, Canada, Australie, Afrique du Sud, Singapour, etc.) relatives à l'exclusion du principe de l'immunité, tandis qu'il

consacre une partie de son arrêt aux «Articles sur les immunités juridictionnelles des Etats», élaborés par la Commission du droit international de 2001. Un texte qui, selon l'arrêt de l'aréopage grec, reflète les opinions de la communauté internationale sur les questions de l'immunité. La Cour fait référence expresse à l'article 82 de cet instrument de la Commission du droit international et le compare avec le texte respectif de la convention européenne, ainsi qu'avec la note interprétative du rapporteur sur cet article, selon lequel cet article est basé sur le principe de la territorialité et régit les délits commis par les organes d'un Etat sur le territoire du forum, indépendamment du caractère de l'acte commis *jure imperii* ou *jure gestionis*. La Cour de cassation invoque aussi les réglementations analogues de l'Institut de droit international de 1991, ainsi que la jurisprudence de certains Etats, consacrant une partie de l'arrêt à la jurisprudence des Etats-Unis et citant expressément les affaires *Letelier v. Republic of Chile*, de 1980, et *Liu v. Republic of China*, de 1986, où les tribunaux américains se sont reconnus compétents pour juger ces affaires, bien qu'il s'agissait d'actes gouvernementaux commis *jure imperii*.

35. Enfin, la Cour de cassation, mentionnant le règlement, annexé à la IV^e convention de La Haye de 1907, concluait que les crimes perpétrés étaient «en violation des règles impératives du droit international».

36. De tous ces éléments mentionnés, ainsi que de l'opinion d'un grand nombre de spécialistes du droit international public, la Cour a considéré qu'il y a là une pratique générale des Etats qui est acceptée en tant que droit et, par conséquent, elle a constaté l'existence d'une coutume internationale, selon laquelle les tribunaux nationaux sont compétents pour juger, par dérogation au principe de l'immunité, des actions en indemnisation pour les délits commis dans les circonstances déjà mentionnées. La Cour de cassation admet que, normalement, la dérogation au principe de l'immunité ne couvre pas les demandes de réparations pécuniaires lorsqu'il s'agit de conflits armés ; réparations qui sont d'habitude couvertes par les accords interétatiques (traités de paix). Cependant, l'immunité juridictionnelle étatique ne s'applique pas lorsque les actes commis constituent des crimes — d'habitude des crimes contre l'humanité — qui ne sont pas objectivement nécessaires, pour assurer le maintien d'une occupation belligérante.

37. En appliquant ces constatations juridiques dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a considéré comme fondé l'arrêt du tribunal de Livadia, acceptant que les actes, commis à l'encontre

des habitants du village de Distomo par les forces d'occupation allemandes, constituaient des représailles armées qui n'étaient, en aucun cas, nécessaires au maintien de l'occupation militaire ou la répression de la résistance. Ainsi, la Cour valida la décision du tribunal de Livadia, selon laquelle l'Etat allemand ne pouvait pas invoquer le principe de l'immunité et qu'il avait renoncé indirectement à ce droit dans la mesure où ses actes mentionnés n'avaient pas la nature d'actes de puissance souveraine.

Monsieur le président, honorables Membres de la Cour, je termine ici mes remarques et je vous prie de donner la parole à l'agent, le professeur Stelios Perrakis, pour la suite de la plaidoirie.

The PRESIDENT: I thank Professor Bredimas for his presentation. I now invite Professor Stelios Perrakis, the agent of Greece, to make his remarks.

M. PERRAKIS : Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, je continue donc sur la position du juge grec face à l'immunité de l'Etat eu égard à la réparation pour violation grave du droit humanitaire.

B. Les jugements d'autres tribunaux grecs

38. La Grèce fut un des pays les plus touchés par la seconde guerre mondiale, avec des pertes en vie humaine dépassant l'ordinaire par rapport à sa population, mais aussi à cause des massacres souvent perpétrés. Il faut souligner que l'affaire de *Distomo* n'était pas un cas isolé dans la jurisprudence grecque pertinente en la matière. Il y a eu quatre-vingt-neuf (89) endroits où des massacres similaires à ceux de Distomo étaient commis par les troupes d'occupation, dont figure prépondérante est celle de Kalavrita dans le nord du Péloponnèse.

39. Ainsi, une action multilatérale en réparation de la part des particuliers — victimes du comportement des forces d'occupation allemandes était déclenchée au cours de cette période, fin des années quatre-vingt-dix devant les tribunaux grecs. Plusieurs juridictions helléniques étaient saisies par des actions individuelles en dommages-intérêts, fondées sur des faits divers survenus à travers le pays, en majorité des crimes cruels perpétrés par les forces armées d'occupation lors des massacres, notamment dans le cadre de représailles.

40. Leurs jugements, en première instance et en appel, esquissant la tendance en matière du principe de l'immunité de l'Etat, varient. Certains n'accueillent pas les demandes des victimes, en évoquant l'immunité juridictionnelle de l'Etat allemand. D'autres acceptent le bien fondé des réclamations individuelles, comme ce fut le cas de Distomo. Ceux-ci, après avoir accepté leur juridiction pour connaître les réclamations introduites par des individus, optent pour le bien fondé de ces réclamations et accordent satisfaction, condamnant ainsi le Gouvernement allemand à verser une somme d'argent en réparation pour dommages matériels et moraux. Dans la première catégorie entrent des jugements de tribunaux de premiers instance : de Thèbes (17/13 13/1/97), de Chanée, (n° 77/1997), du Pirée (692/97), de Larissa (93/98), de Patras (953 25/9/1998), d'Arta (1/26/1/99), etc. Dans la deuxième catégorie d'arrêts, dites «positives», figurent les tribunaux de première instance de Tripolis (59/1998), de Aigio (92/3/6/98 et 91/25/6/1998), la cour d'appel d'Athènes (1122/1999), la cour d'appel de Crète (438/20/7/2000), la cour d'appel de Pirée (894/2001).

C. L'arrêt de la Cour suprême spéciale (CSS) dans l'affaire *Margellos et autres*

41. De l'autre côté, il y a l'affaire *Margellos et autres* de la Cour suprême spéciale qui n'est pas mentionnée par l'ordonnance de la Cour dans le domaine délimité de l'intervention hellénique. Une simple référence est faite dans les *considerata* factuels de la Cour. Mais elle est soulignée par l'Allemagne dans son argumentation pendant la procédure écrite de l'affaire principale, son commentaire du 26 août à notre déclaration écrite, ainsi que dans sa plaidoirie de lundi.

42. L'affaire *Margellos et autres* est basée sur des faits similaires à ceux de Distomo qui ont eu lieu à Lidoriki dans la région de Fokis de la Grèce centrale. Suite à la demande de la première chambre de la Cour de cassation, la Cour suprême spéciale était saisie de la question de savoir s'il y avait en droit international coutumier une norme selon laquelle, dans des cas d'actes illicites en violation des règles internationales impératives, il y a exception de l'immunité juridictionnelle de l'Etat. La Cour, après avoir examiné la jurisprudence des diverses juridictions nationales, ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *McElhinney c. Irlande* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et la convention européenne sur l'immunité de 1972, a conclu que, en dépit d'une tendance dégagée, elle n'était pas en mesure donc de confirmer l'existence d'une

norme internationale émergente, qui allait autoriser l'exception de l'immunité juridictionnelle de l'Etat dans des cas des crimes perpétrés par les forces armées d'un Etat en violation des obligations internationales de caractère *jus cogens*. L'arrêt 6/2001 de la Cour suprême spéciale était rendu *in extremis* par six à cinq voix. Je répète, six à cinq. Comme *Al-Adsani*, de neuf à huit. La minorité dans son opinion dissidente reprenait l'argumentation de l'aréopage, développée déjà par mon collègue, et insistait à ce que l'existence d'une norme coutumière de droit international émergente excluait l'application de l'immunité de l'Etat dans cette affaire.

43. A cet égard — de l'arrêt Margellos, donc — l'Allemagne procède à une appréciation de cet arrêt à notre sens juridiquement erronée, due à la confusion manifeste quant au statut de la Cour suprême spéciale. Car en dépit de «son information obtenue», la situation se présente d'une manière différente de celle que l'Allemagne essaie de faire valoir. A savoir que l'arrêt de Cour suprême spéciale a — plus ou moins — «cassé» — terme utilisé par l'honorable agent de l'Allemagne, le professeur Tomuschat — ou même «renversé» la position de l'aréopage grec.

44. En premier lieu, le Cour suprême spéciale, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, n'est pas «the highest judicial body» en Grèce, comme l'affirme le Gouvernement allemand. Selon la doctrine grecque faisant autorité, la majorité des publicistes caractérisent cette Cour plutôt comme une juridiction spéciale, non autonome, non permanente, sans intégration hiérarchique à l'échelle des tribunaux grecs, dont les caractéristiques ne correspondent pas nécessairement avec les instances juridictionnelles d'autres pays, qui clairement affichent la suprématie de leurs actes dans l'ordre juridique national. Quant à ses jugements relatifs à l'existence de règles internationales, il est difficile d'affirmer un effet *erga omnes*, y compris vis-à-vis de toutes les institutions gouvernementales.

45. La confusion réside au niveau de la juridiction exercée par la Cour suprême spéciale. Cette approche jurisprudentielle devrait être prise en considération en relation avec le statut juridique d'un organe *sui generis* dans le système juridictionnel grec et, partant, dans l'ordre juridique national. En vertu de l'article 100 de la Constitution hellénique, cette Cour spéciale assume une double fonction. D'un côté, s'il y a divergence de vues de la part de deux hautes juridictions du pays sur la validité d'une règle du droit, la Cour effectue un contrôle de constitutionnalité afin de déclarer et clarifier la situation sous l'angle constitutionnel. Mais, de

l'autre côté, elle peut affirmer l'existence et l'applicabilité d'une règle de droit international généralement acceptée (coutume, art. 28, par. 1, de notre Constitution) dans un cas d'espèce. Ce n'est donc que partiellement une juridiction constitutionnelle, quant à sa première tâche.

46. A la lumière de cette situation juridique, et notamment dans le domaine de l'«identification», dans un cas d'espèce, d'une règle internationale de caractère coutumier, il est à souligner que l'arrêt rendu en 2002 dans l'affaire *Margellos et autres* et son impact dans l'ordre juridique hellénique posent des questions. D'autant plus que la Cour dans son arrêt concluait «qu'au stade présent du développement du droit international n'est pas formée une règle internationale généralement acceptée qui permettrait une dérogation au principe de l'immunité» (par. 14-15). Or la logique, voire la constatation du mouvement de l'évolution du droit, est présente, même dans l'argumentation de la majorité de six membres — bien entendu, cela va de soi pour la minorité de cinq membres — estimant que cette évolution donc — au moment du jugement — ne permettait pas de constater la consécration d'une nouvelle norme en matière d'immunité.

47. De l'autre côté, concernant les règles internationales, la tâche de la Cour spéciale d'assurer une «interprétation uniforme» de la règle ne signifie guère une interprétation de la règle internationale stagnante, à perpétuité. Telle est, d'ailleurs, la conception de la Cour spéciale qui indique même dans l'arrêt *Margellos* l'aspect temporel limité de son approche, vu l'évolution permanente du droit international. Ce qui pratiquement amène le juge ordinaire, le juge naturel, à examiner ultérieurement, à chaque étape du développement du droit international, si une règle pourrait être qualifiée comme «généralement acceptée» ou non. C'est l'approche d'interprétation de la Cour spéciale qui donne lieu à une position contraignante à l'égard d'autres juridictions, et non pas les résultats de son interprétation à un cas d'espèce.

48. Cette approche admettant le développement du droit international en la matière — vu la position opposée de la Cour de cassation dans l'affaire *Distomo*, mais également les éléments de mutation qui se dessinent en droit international ainsi qu'au niveau national (tribunaux grecs et italiens) — laisse en substance la question ouverte.

49. Il s'agit là d'une preuve du rôle important qu'à notre sens joue le rôle national ; le juge national assume l'application et l'interprétation du droit international. L'expérience notamment

des dernières décennies est éloquent quant à son rôle. Des grandes questions du droit international et des développements d'ordre juridique trouvent leurs sources à l'œuvre du juge national, comme par exemple les incidences de l'affaire *Pinochet* ou, de manière générale, sur la responsabilité pénale individuelle.

IV. L'APPROCHE DES TRIBUNAUX GRECS SOUS L'ANGLE D'UN DROIT INTERNATIONAL EN MUTATION

a. *Le contexte juridique de l'affaire et le développement du droit international*

50. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, la démarche de l'analyse juridique des tribunaux grecs et leurs jugements dans l'affaire *Distomo*, autres affaires similaires, ou portant sur d'autres violations du droit humanitaire, reflète-t-elle l'état du débat à la fois devant les instances nationales et internationales ainsi que dans la doctrine ; débat relatif au développement du droit international en matière d'immunité juridictionnelle et d'autres questions connexes du droit international avec lesquelles il compose un ensemble, même si chaque composante dudit ensemble demeure et affirme une question autonome ?

51. Comment se situe, effectivement, cette interprétation juridictionnelle hellénique du principe de l'immunité juridictionnelle par rapport aux questions des réparations et des actions individuelles devant des juridictions nationales/internationales eu égard aux développements du droit international ? Aborder le privilège de l'immunité étatique sous l'impulsion d'autres règles de droit international régissant le statut international de l'individu : est-on dans la bonne direction dans la mise en œuvre effective des droits ? L'approche adoptée par les tribunaux grecs sur l'affaire *Distomo* et la « minorité » de la Cour suprême spéciale s'alignent-elles sur l'évolution du droit international, les développements de la pratique des Etats, les jugements des tribunaux nationaux ou internationaux, les positions des institutions internationales politiques et autres et les nouvelles règles juridiques ?

52. Monsieur le président, il apparaît que les tribunaux grecs sont attentifs à cette évolution, qui d'ailleurs accompagne les changements considérables au sein de la communauté internationale après l'ère bipolaire. En effet, le droit international connaît depuis un certain temps un développement significatif, notamment dans le domaine de l'application de la responsabilité internationale, de la réparation des victimes de violations des droits de l'homme, et du droit

humanitaire et de leurs droits en la matière, ainsi que de l'immunité de l'Etat. On dirait même que le droit international régissant ces questions se trouve en mutation, non seulement dans les esprits, mais dans les faits et en droit. Plusieurs auteurs internationalistes, y compris des juges internationaux, partagent cette constatation.

53. Cette évolution est marquée surtout par la position et le nouveau rôle des individus dans l'ordre juridique international. Individus titulaires de droits, acteurs internationaux avec des droits et des responsabilités, qui amènent les Etats et les autres acteurs internationaux à adopter une autre approche dans leur pratique relative à la mise en œuvre de leurs droits. Ils contribuent ainsi à l'émergence de nouvelles normes internationales. Les mêmes individus portant leurs demandes — au moyen d'actions directes devant soit des juges nationaux, soit des instances juridictionnelles internationales — sont à l'origine d'une jurisprudence qui dépasse fréquemment les «données» des situations juridiques formées ou acquises dans le passé — ne correspondant guère avec les priorités déclarées de la communauté internationale de notre siècle.

54. Cette situation sur la position de l'individu dans l'ordre international n'est qu'une nouvelle étape dans un processus évolutif déclenché déjà par la CPJI (avis consultatif sur la juridiction des tribunaux de Danzig) qui considéra que «that the very object of an international agreement, may be the adoption by the parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts». Plus tard, Hersch Lauterpacht considérait que : «the position of the individual in international law cannot be unaffected by certain developments that empower individuals to protect their rights before international tribunals and impose on them duties directly under international law». Thèses reprises par la doctrine, tandis que cet état d'esprit se reflète dans le commentaire sur les articles concernant la responsabilité de l'Etat de la CDI : «today individuals may be regarded as the ultimate beneficiaries of certain international law norms and therefore be the holder of rights...».

55. Bien entendu, la nouvelle situation trouve une expression importante dans le rôle des individus devant des tribunaux internationaux : cours européennes, interaméricaine ; ainsi que devant d'autres organes internationaux : Comité de droits de l'homme, autres treaty-bodies des droits de l'homme dans le cadre de l'ONU, et autres institutions de caractère régional ou universel.

56. Par ailleurs la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle constitue un autre élément de changement, intervenu dans le statut international de l'individu.

57. Même l'attitude du Conseil de sécurité démontre déjà que la position de l'individu a considérablement évolué, notamment en matière de protection face aux violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Plusieurs résolutions en témoignent, adoptées après les années quatre-vingt-dix illustrent cette orientation et cette constatation, notamment en matière de protection des civils dans des situations de conflits armés ou lorsque la question de l'assistance humanitaire se pose, voir la récente intervention de M. Gérard Araud, président en exercice du Conseil de sécurité, le 10 mai 2011. Dans certains cas où la population civile se trouve en danger, le Conseil de sécurité a même autorisé le recours à la force armée. Qu'y a-t-il en fait de la souveraineté étatique dans l'affaire, hier, de Somalie, il y a plus de vingt ans (en 1992) ou, aujourd'hui de Libye (2011) ?

58. En outre, l'avènement dans l'ordre juridique international du principe de la responsabilité de protéger dans le document final du Sommet mondial de 2005 (A/RES/60/1, par. 138-140) renforce la conviction sur le besoin de protéger des populations civiles menacées ou victimes des violations graves du droit international humanitaire.

59. Incontestablement, dans cette élaboration juridique, c'est dans le champ d'application du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal, où on constate l'avancée la plus considérable.

60. En réalité, il ne s'agit pas seulement de l'humanisation du droit international, selon Theodor Meron, mais d'une vraie rénovation de l'architecture juridique globale. Le droit pénal international et les nouvelles instances de droit pénal international en témoignent. Dans ce contexte, il importe de se référer à l'obligation de l'Etat de faciliter la possibilité pour une victime de réclamer réparation pour une violation du droit international humanitaire de la part d'un individu, auteur de crimes. Responsabilité de l'Etat de faciliter. Obligation déduite de l'article 75 du statut de la Cour pénale internationale. Bien qu'il soit correct d'affirmer que, dans ce cas-là, la question de réparation ne se pose pas au niveau de l'Etat, c'est *a contrario* une démonstration de la nouveauté intervenue, illustrant un tournant dans la conception du droit international en matière de réparation individuelle. Dans cette direction, l'individu-victime adresse directement sa demande de

réparation à l'encontre de l'auteur des crimes. Ainsi, la question se pose au niveau des relations entre la victime et l'auteur, la victime et la communauté internationale.

61. Cette possibilité de l'individu d'ester en justice et d'engager des actions diverses, y compris en matière de réparations, s'est développée dans plusieurs directions. Dans ce processus progressif, le rôle central revient à la doctrine des droits de l'homme et à la proclamation des droits de l'homme par la communauté internationale au niveau universel, régional ou national.

62. En particulier les traités relatifs aux droits de l'homme exigent que les Etats prévoient l'octroi d'un recours effectif en cas de violation de ses droits, et, pour la plupart, comportent une obligation spécifique des Etats parties de prévoir un recours à réparation en droit interne. Il s'agit d'un droit individuel bien établi en droit international : pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2.3) ; convention sur la discrimination raciale (art. 6), convention contre la torture (art. 14), convention européenne des droits de l'homme (art. 13) ; convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 10 et 25) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7.1.a), et j'en passe. De ces systèmes de protection des droits de l'homme découle l'obligation des Etats parties d'établir au niveau national des remèdes ouverts à des individus victimes des violations de droits de l'homme. Effectivement, selon le commentaire général n° 31, 26/5/2004 du Comité des droits de l'homme du pacte, l'article 2, paragraphe 3, exige des Etats parties d'accorder réparation aux individus dont les droits garantis par le pacte sont violés. Sans réparation, dit-on, l'obligation de prévoir un remède effectif, centrale pour l'efficacité de l'article 2, paragraphe 3, n'est pas satisfaite.

63. Aussi, comme il a été confirmé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Aksoy/Turquie* «la notion d'un remède effectif englobe le paiement d'une compensation ... par l'Etat défendeur» (par. 98). Dans le même sens, la position de la Cour interaméricaine dans l'affaire *Velasquez-Rodriguez* (par. 174-6).

64. Le même est réaffirmé par la Commission des droits de l'homme (résolution 1999/33 intitulée «Le droit à la restitution, compensation et réhabilitation pour les victimes des violations graves des droits de l'homme» (26.4.1999).

65. En 2005, d'abord la Commission des droits de l'homme, puis l'ECOSOC et enfin l'Assemblée générale de l'ONU

«Affirment qu'il importe de traiter de manière systématique et approfondie sur les plans national et international la question du droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire... Considérant qu'en honorant le droit des victimes à un recours et à la réparation, la communauté internationale tient ses engagements en ce qui concerne la détresse des victimes, des survivants et des générations futures, et réaffirme le droit international dans ce domaine.»

66. Monsieur le président, il s'agit d'un instrument des Nations Unies qui contrairement aux considérations de l'Allemagne, est très clair quant aux droits des victimes à la réparation et qui exprime le consensus universel en matière de l'obligation de réparation de l'Etat ainsi que de son obligation de prévoir le remède approprié et adéquate au niveau national.

67. L'article 21 de ces principes adoptés se réfère à l'obligation des Etats à développer des droits et des remèdes appropriés en faveur des individus dont les droits étaient violés. Le professeur van Boven avait expliqué d'une manière convaincante que le principe adopté par l'Assemblée générale était le résultat de négociations difficiles et de plusieurs compromis diplomatiques. Conformément à ceci :

- Les recours contre les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire comprennent le droit de la victime aux garanties suivantes, prévues par le droit international : accès effectif à la justice ; réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi.
- Conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'Etat assure aux victimes la réparation des actes ou omissions qui peuvent lui être imputés et qui constituent des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire.
- A cette fin, les Etats devraient prévoir, dans leur législation interne, des mécanismes efficaces pour assurer l'exécution des décisions de réparation.

68. Dans un autre contexte, il est à signaler que dans son rapport, la commission d'enquête sur le Darfour observe

«The emergence of human rights under international law has altered the traditional State responsibility concept, which focused on the State as the medium of compensation. The integration of human rights into State responsibility has removed the procedural limitation that victims of war could seek compensation only through their own Governments, and has extended the right to compensation to both nationals and aliens. There is a strong tendency towards providing compensation not only to

States but also to individuals based on State responsibility.» (Par. 593 ; note de bas de page 217.)

69. En outre, dans une lettre adressée au Secrétaire général des Nations Unies, en octobre 2000, le juge C. Jorda, devenu président du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, signalait

«the universal recognition and acceptance of the right to an effective remedy cannot but have a bearing on the interpretation of the international provisions on State responsibility for war crimes and other international crimes.

.....

In other words, there has now emerged in international law a right of victims of serious human rights abuses (in particular, war crimes, crimes against humanity and genocide) to reparation (including compensation) for damage resulting from those abuses.»

b. *Le droit individuel à la réparation et la question de violations du droit international humanitaire*

70. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, l'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il existe un droit individuel à la réparation en cas de violations graves du droit humanitaire. Nous souhaitons attirer l'attention de la Cour sur trois questions présentées par les tribunaux grecs : *primo*, si les individus, à la lumière de la situation juridique présente, disposent des droits primaires en droits de l'homme et droit humanitaire ; *secundo*, s'ils ont le droit de demander réparation, dans le cas où ces droits sont violés ; et *tertio*, s'ils disposent des droits justiciables devant des tribunaux nationaux.

71. Bien entendu, le droit international coutumier impose aux Etats l'obligation de réparer les conséquences des violations du droit international humanitaire qu'ils ont commis. Toutefois, la question qui s'impose est de savoir qui est le bénéficiaire de ce droit à la réparation. A cet égard, il y a des arguments ainsi qu'une pratique étatique soutenant l'opinion que le droit humanitaire confère aux individus des droits, y compris le droit à la compensation pour violations graves du droit international humanitaire. Le droit international humanitaire — droit par excellence orienté vers la protection de la personne — octroie des droits aux individus-bénéficiaires. Cette idée est implicitement retenue dans une série de dispositions du droit international humanitaire, incluses aux conventions de Genève de 1949 et de ses protocoles additionnels de 1977, et expressément dans la philosophie et la raison d'être même du droit international humanitaire. Comme Georges Abi-Saab le souligne, le but du droit international humanitaire est d'aller «beyond the interstate levels and [to

reach] for the level of the real (or ultimate) beneficiaries of humanitarian protection, i.e., individuals and groups of individuals».

72. D'ailleurs, la conférence diplomatique préparant l'adoption des quatre conventions humanitaires à Genève reconnaissait déjà en 1949 que : «[i]t is not enough to grant rights to protected persons and to lay responsibilities on the States; protected persons must also be furnished with the support they require to obtain their rights; ».

73. Ainsi l'obligation de l'Etat d'indemniser des individus pour violation des règles du droit humanitaire semble dériver de l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907, même si elle n'y est pas explicitement exprimée et même si les individus avaient besoin de la médiation de l'Etat par des traités interétatiques. De l'autre côté, cette situation ne dégage non plus l'intention de ne pas accorder un droit individuel aux victimes des violations du droit de La Haye. Cela devient évident par le fait qu'il n'y a pas exclusion des individus du texte de l'article 3. Ce raisonnement ressort également des travaux préparatoires de la deuxième conférence de La Haye. A rappeler que selon la proposition initiale de l'Allemagne, «a belligerent party which shall violate the provisions to the prejudice of neutral persons shall be liable to indemnify those persons for the wrong done to them». L'Allemagne, dans son commentaire du 26 août, prétend que le professeur Kalshoven, ancien juge de votre Cour, interprète les travaux préparatoires sur l'article 3 «in a flatly wrong way», mais en même temps, dans leur interprétation sur l'article 3, on reconnaît que dans cette proposition allemande on se réfère à la compensation des «personnes» et que «it is true that the speakers referred mostly to persons having sustained injury». Par conséquent, on voit mal pourquoi l'interprétation de Karlshoven que l'article 3 «was from the outset to provide individual persons with a right to claim compensation for damages they suffer, even though there was a disagreement of whether individuals of neutral states would have the same rights» is «flatly wrong».

74. A ce niveau d'approche aussi se situe la position du juge C. Greenwood — ainsi que du professeur Eric David : l'article 3 «confers rights upon individual persons, including rights to compensation, in the event of a violation, which the individual can assert against the State of the wrongdoer».

75. Ainsi, les travaux préparatoires affirment que cette disposition concerne les cas de demandes individuelles face aux Etats pour faits illicites pendant les conflits armés ou occupation belligérante, même si l'article 3 ne comprend pas les aspects procéduraux nécessaires pour demander la réparation.

76. Il est à souligner qu'à l'époque, et pendant longtemps, la pratique en la matière fut basée sur la signature de traités de paix après la fin des hostilités, qui réglaient la question des réparations. Toutefois, il est arrivé souvent que ces traités ne fussent pas conclus et, par conséquent, la question de la compensation restait ouverte, comme par exemple pour le cas de l'Allemagne en 1990, ou le cas de l'Iraq récemment, et autres.

77. Le droit à la réparation réapparaît dans l'article 91 du protocole additionnel de 1977, la substance duquel reflète le droit international coutumier. Conformément au commentaire du CICR, «those entitled to compensation will normally be Parties to the conflict or their nationals (emphasis added)», même s'il y a des problèmes procéduraux. De même, en 1986, quand les commentaires du CICR étaient rédigés, on reconnaissait qu'il y avait déjà «an increasing trend in favour of enabling individual victims of violations of IHL to seek reparation directly from the responsible State».

78. Depuis 1986, le CICR a complété attentivement son étude sur le droit international humanitaire coutumier, dans laquelle il prévoit (art. 150) un droit à la réparation pour violations graves du droit international humanitaire. Afin d'arriver à cette constatation et de prouver la nature coutumière de cette obligation et de la force contraignante de la règle, le CICR a procédé à une évaluation approfondie des sources et des preuves.

79. La pratique internationale dans ce domaine est riche et présente différents aspects. Déjà la Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire *Usine de Chorzów*, évoquait l'existence d'un droit secondaire à la compensation comme la conséquence nécessaire d'une violation du droit international. Votre Cour est revenue sur le droit à la réparation des individus, dans son avis consultatif sur le «Mur», où elle constate, par ailleurs, qu'Israël a l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées. La Cour rappelle la jurisprudence bien établie selon laquelle : «Le principe essentiel qui découle de la notion même de l'acte illicite ... est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de

l'acte illicite et rétablir l'Etat qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.»

Le PRESIDENT : Professor Perrakis, I apologize for intervening. Apparently there is no translation into English for the last passage for a few pages. I guess that it would be appreciated if Professor Perrakis speaks a little more slowly so that the interpreters can catch up with what you are saying in French.

M. PERRAKIS : Certainement, Monsieur le président.

Je disais donc que, de l'avis de la Cour, de votre Cour, dans cette affaire du «Mur», Israël était également tenu d'indemniser toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction de ce mur conformément aux règles du droit international applicable en la matière (par. 149-154).

80. Cette position était réaffirmée aussi dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 257, par. 259 : «La Cour [votre Cour] fait observer qu'il est bien établi en droit international général que l'Etat responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation de réparer en totalité le préjudice causé par ... (violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, pillage et exploitation des ressources naturelles de la RDC), [et] la Cour considère que ces faits ont entraîné un préjudice pour la RDC, ainsi que pour des personnes présentes sur son territoire. Ayant établi que ce préjudice a été causé à la RDC par l'Ouganda, la Cour déclare que ce dernier est tenu de réparer ledit préjudice en conséquence.»

81. Pour sa part, le TPIY, dans l'affaire *Furundžija*, en évoquant la catégorie spéciale des règles impératives du droit international (*jus cogens*), estime que les individus victimes d'une violation des telles normes ont automatiquement le droit de demander réparation devant une instance juridictionnelle quelconque.

82. La possibilité d'exercer un droit individuel dérivant du droit international humanitaire était abordée par un nombre de tribunaux nationaux. L'approche hétérogène adoptée par ces tribunaux est extrêmement différente. Dans leur approche, certains tribunaux ont même adopté des positions refusant tout droit aux individus sous l'angle du droit international, par exemple la

fameuse affaire *Shimoda* en 1963. Ou, que les individus sont uniquement des bénéficiaires de droits et jouissent seulement indirectement de la protection du droit international. Par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale allemande avait admis en 2004 que les individus sont bénéficiaires de droits sous l'angle du droit international humanitaire, même si la Cour n'a pas admis que l'article 3 comportait un droit individuel.

83. La même approche adoptée par la récente jurisprudence allemande se trouve en contraste avec la position des tribunaux allemands dans les années cinquante. Ainsi qu'une cour d'appel administrative allemande à Münster avait conclu en 1952, l'article 3 de la quatrième convention de La Haye prévoit un droit individuel à la compensation.

84. La possibilité d'évoquer un droit individuel afin de réclamer des dommages était reconnue dans certaines instances nationales, comme le tribunal de première instance d'Amsterdam dans l'affaire *Dedovic v. Kok* de 2000.

85. L'obligation de l'Etat d'indemniser des individus pour violation des règles du droit international est aussi affirmée dans les articles sur la responsabilité internationale des Etats de la Commission du droit international dont l'article 33, paragraphe 2, — qui constitue une «clause de sauvegarde» — déclare qu'il ne porte pas préjudice «à 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» (commentaire, Crawford, p. 210).

86. Certaines personnes ont également obtenu réparation directement par le biais de différentes procédures, notamment par des mécanismes mis en place par le Conseil de sécurité, des accords interétatiques et des actes unilatéraux, tels que des lois nationales ou des réponses aux demandes présentées directement par des individus devant des tribunaux nationaux.

87. Un des cas des plus intéressants mécanismes est celui de l'accord de 2000 entre l'Erythrée et l'Ethiopie, établissant une commission de réclamation *Erythrée-Ethiopie* (EECC). Dans ce cas, même si les individus portent leurs demandes devant cette commission par le biais de leurs Etats, la commission a confirmé néanmoins dans sa jurisprudence que «the claim remains the property of the individual and ... any eventual recovery of the damages should accrue to the person». Par conséquent, les individus sont perçus comme les titulaires de droits secondaires en matière du droit international humanitaire.

88. La question se pose également dans le cadre des rapports présentés par des missions d'enquête dépêchées par le Conseil de sécurité ou le Conseil des droits de l'homme sur des situations de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, comme l'exemple de la commission d'enquête sur le Darfour, le Liban et autres.

89. Une série d'autres instruments internationaux, «soft law», renforcent la position de la victime et de son droit à la réparation, comme les résolutions de l'Assemblée Générale 48/153 et autres sur l'ex-Yougoslavie, et de la Commission des droits de l'homme (la résolution 1998/70 sur l'Afghanistan). Plus récemment, l'Association de droit international au sujet de la «compensation des victimes de guerre» adopta en 2010 une déclaration qui, dans son article 6, prévoit que les «victimes de conflits armés ont un droit à la réparation opposé aux Parties responsables».

90. Ainsi la réparation est directement prévue pour les individus, à travers diverses procédures, en particulier via des mécanismes institués par les accords interétatiques, via des actes unilatéraux des Etats, législation nationale, et, le cas échéant, une réparation demandée directement par des individus aux tribunaux nationaux.

Permettez-moi, Monsieur le président, maintenant d'aborder la question de l'immunité juridictionnelle et sa relativité par rapport à la question du *jus cogens*.

c. L'immunité juridictionnelle de l'Etat et sa relativité et la question du jus cogens

91. L'évolution de l'immunité juridictionnelle absolue à l'immunité relative, ainsi que la distinction opérée entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, est le résultat d'une transformation importante de la communauté internationale interétatique, et la consécration d'un droit international qui tient compte des changements nationaux et/ou internationaux. Effectivement, en commençant par les transactions économiques, les juges nationaux étaient amenés à procéder à la protection du droit des individus parties pour ces transactions. La maxime «*par in parem non habet imperium*» et ses conséquences ont connu dans la pratique une première restriction dans le domaine souverain de l'immunité étatique.

92. Cette évolution en premier lieu émane des différents tribunaux nationaux, conséquence des réclamations introduites par des individus, évolution suivie par des instruments internationaux

comme la convention européenne sur l'immunité de l'Etat, la convention sur l'immunité juridictionnelle des Etats et leur propriété de l'ONU de 2004, ou bien la législation nationale.

93. Dans une deuxième étape — celle de la transformation de la communauté internationale d'une communauté interétatique à une communauté à plusieurs acteurs internationaux (les Etats, les organisations internationales, les groupes de personnes, les ONG, etc.) — l'individu se présente comme catalyseur dans le fonctionnement de cette communauté et dans la mise en œuvre du droit international, en utilisant en particulier comme véhicule juridique les droits de l'homme.

94. Dans ces circonstances, une demande universelle pour un ordre de justice ne pourrait jamais être avancée/établie en évoquant la souveraineté étatique à l'encontre des droits de l'homme. Et comme l'a très bien souligné le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* : «on ne peut pas évoquer la souveraineté étatique quand il s'agit des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité».

95 Une incidence directe de cette situation, implique une pression progressive sur les Etats, afin de prévoir des moyens de lever les obstacles pour que les victimes obtiennent des réparations. Une nouvelle perspective se dessine pour les individus, à travers le devoir des Etats de promouvoir des possibilités de réparation.

96. Cette évolution, eu égard au droit de l'immunité de l'Etat, fut suivie par certaines juridictions nationales, ayant prononcé leur position sous l'angle de l'état actuel du droit international et son développement. Et c'est dans ce contexte, que se situe l'affaire du *Massacre de Distomo*.

97. La question la plus fondamentale en ce qui concerne l'application du principe de l'immunité, étroitement liée avec celle de la réparation individuelle, concerne les règles *jus cogens*.

98. En effet, comme les tribunaux helléniques ont soutenu dans l'Affaire du *Massacre de Distomo*, s'il y a violations des règles internationales de caractère impératif, l'immunité juridictionnelle de l'Etat responsable de ces violations, n'est pas opposable. Ainsi les victimes des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, qui porteraient une action en réparation, devant un juge national ne devaient pas se voir confrontées avec l'immunité de l'Etat.

99. Une référence autoritaire en la matière est faite dans les articles sur la responsabilité internationale des Etats de la Commission du droit international. Effectivement l'article 40 prévoit

des conséquences plus graves pour les infractions de règles de caractère *jus cogens*, parmi lesquelles sont incluses les violations graves du droit humanitaire.

100. L'approche selon laquelle la règle de l'immunité de l'Etat ne prime pas face à une règle *jus cogens*, semble dessiner une *opinio juris* reflétant une nouvelle norme coutumière dans ce domaine (voir l'opinion dissidente de la minorité de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Al-Adsani /Royaume-Uni*). Les déclarations faites par trois états (Norvège, Suède et Suisse) ratifiant la convention sur l'immunité juridictionnelle sont caractéristiques. Ces Etats avaient indiqué que cet instrument ne porte pas préjudice à tous développement international futur dans la protection des droits de l'homme.

101. Même la Cour suprême polonaise, Monsieur le président, dans son arrêt récent de 2010, qui était évoqué par l'Allemagne, abordant la question de *jus cogens* face à l'immunité juridictionnelle de l'Etat, reconnaît qu'il y a une tendance à nier l'immunité étatique face aux crimes de guerre et qualifie cette négation comme une norme émergente.

102. Indépendamment des interprétations données et arguments avancés concernant les rapports des règles du *jus cogens* avec celles sur l'immunité étatique — quant à la hiérarchie, voire priorité, de chacune d'entre elles, ou bien que des actes de cette nature (crimes internationaux) n'entrent pas dans le domaine de la souveraineté de l'Etat, ou implicitement abandonnent la souveraineté (implied waiver) — la substance reste que, par sa nature et par sa teneur, la règle du *jus cogens* prime sur toute autre règle internationale. La tentative d'élaborer une différenciation entre une règle du *jus cogens* (règle substantielle) et la règle sur l'immunité étatique (règle procédurale) reste sans conséquence logique et bien entendu juridique, si on tient compte de tous les éléments pertinents abordés ci-dessus — et tous les développements esquissés au niveau de la communauté internationale. Dans un tel contexte, la règle du *jus cogens* contribue à un «custom-generation process». Si, par contre, la règle procédurale (immunité juridictionnelle) l'emportait sur la règle substantielle (*jus cogens*), cela allait produire une situation juridique insoutenable et sans cohérence avec l'objectif et le ratio de la règle primaire substantielle du *jus cogens*, violée dans le cas d'espèce sans réalisation de son but (par exemple, en ce qui concerne la torture, satisfaire/réparer la victime, sanctionner l'auteur de la violation).

103. Comme dans l'arrêt grec de l'Areios Pagos, dans l'affaire *Ferrini*, la haute Cour italienne a fait référence aux règles du *jus cogens* non pas comme règles de conflits, mais comme le moyen qui souligne la gravité des actes commis par un Etat tiers qui peut justifier le déni de l'immunité. On souligne ainsi que le fait que les actes incriminés sont d'une telle gravité — comme hier et aujourd'hui les crimes contre l'humanité — justifie le refus de l'immunité.

104. Le ratio du fonctionnement des règles du *jus cogens* réside dans le fait que la communauté/société internationale d'aujourd'hui est mieux organisée, sous le contrôle de l'Etat de droit, et en considérant comme valeurs fondamentales certains droits. La communauté internationale semble ne pas autoriser aucunement l'existence d'une règle opposée à une valeur supérieure (par exemple, l'interdiction de la torture), donc le mouvement est destiné à la faire disparaître.

105. Si nous souhaitons assurer la mise en œuvre effective des règles du *jus cogens*, il ne suffit pas seulement de mettre de côté la norme opposée mais aller jusqu'au bout de la finalité de son contenu.

106. En effet, comment l'Etat transgressant ses obligations internationales peut assumer entièrement et pleinement sa responsabilité, notamment dans l'aspect réparation des victimes, si les individus qui ont subi des violations — qualifiées même de *jus cogens* — ne sont pas en mesure de déclencher des mécanismes en réparation devant les instances compétentes.

V. EVALUATION GÉNÉRALE ET REMARQUES FINALES

107. Monsieur le président, honorables Membres de la Cour, le litige devant vous concerne, d'un côté, la règle de l'immunité déduite de la souveraineté étatique et, de l'autre côté, les règles fondamentales relatives aux droits de l'homme, le droit humanitaire et les crimes internationaux. Les premières protègent les intérêts des Etats indépendants et d'une égalité souveraine. Les deuxièmes se réfèrent à l'émergence et la consécration des valeurs et droits fondamentaux, dont l'intérêt et l'attention pour leur protection sont partagés et promus par la communauté internationale dans son ensemble.

108. L'examen de l'immunité de l'Etat dans sa mise en œuvre doit faire face à des règles substantielles dérivant de la responsabilité internationale de l'Etat, de l'obligation de réparer pour

les préjudices causés et du droit individuel des victimes à la réparation. Si l'individu victime ne peut pas exercer son droit, il y a un effet immédiat et direct négatif au niveau de l'obligation de réparer, donc indirectement on met en doute la mise en déclenchement de la responsabilité de l'Etat.

109. D'autant plus que l'Etat responsable des violations du droit international humanitaire, ayant connaissance de la cause et de sa responsabilité internationale due à des actes illégaux perpétrés par ses organes, n'envisage ou n'adopte pas une législation nationale appropriée permettant ou ouvrant la voie aux individus-victimes du droit international humanitaire à saisir les juridictions compétentes afin de présenter des réclamations en dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'Etat responsable.

110. Permettez-moi, Monsieur le président, de rappeler l'affaire *Ko Otsu Hei Incidents* de 1998 où le tribunal japonais, qui accorda satisfaction à trois femmes coréennes obligées à une prostitution forcée pendant la seconde guerre mondiale, déclarait : «le gouvernement connaissait la situation [violations du droit international humanitaire] et il avait sous l'angle du droit international une responsabilité internationale, et pourtant il n'a pas adopté une législation comme il fallait le faire, afin de reconnaître aux victimes la possibilité juridictionnelle pour une indemnisation». Malheureusement, Monsieur le président, cet arrêt a été cassé par la suite, mais il est si clairvoyant et novatif, et montre le chemin.

111. Le droit international humanitaire reconnaît des droits à des personnes. Quel est le sens de l'existence d'un droit individuel à des personnes qui tombe dans le champ d'application du droit international humanitaire, dont il assure la protection, si le droit en question n'est pas justiciable ? Quelle est la portée de ce droit si, dans un contexte de mise en œuvre substantielle, l'accès au tribunal est barré au niveau procédural ? Cette situation juridique, par conséquent, amène au constat selon lequel le contenu des droits en question des individus-victimes ne peut pas en fait se mettre en exergue ou même se matérialiser. La mise en œuvre des droits est conditionnée à l'affirmation de la règle primaire au profit d'un individu et de la règle primaire aux dépens de l'Etat responsable des actes qualifiés de crimes, voire même vidée de substance.

112. Il est à noter que la pratique internationale semble limitée, parce que certains tribunaux nationaux hésitent encore. Ainsi, l'Etat responsable des crimes abominables reste à l'abri. Mais déjà le processus est amorcé. Le juge national devient l'ultime remède.

113. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, ça relève de l'hypocrisie absolue de prétendre aujourd'hui que la question des réparations devrait être engagée au niveau interétatique. Comment exploiter une procédure diplomatique si les Etats ne veulent pas influencer leurs bonnes relations ? Ou, pour le cas précis de l'Allemagne, si elle ne répond pas formellement à la note verbale que le Gouvernement hellénique lui avait adressée en 1995 ? En fait, combien de traités de paix ont été signés après de récents conflits (Iraq, Liban, Géorgie — que sais-je) ? De quels traités de paix parle-t-on quand les conflits modernes, la plupart de temps, ne sont ni déclarés, ni terminés formellement ? Pourquoi les signataires du traité de Moscou n'ont pas abordé la question des réparations dans cet instrument ? Pourquoi, dans le passé, il y avait des réponses «choisies» et «partielles» face aux revendications des victimes ? Que veut-on dire par combien de temps faut-il attendre pour que la question soit résolue ? Certainement jusqu'au moment où les Etats responsables assument pleinement leur responsabilité. Qui doit honorer l'engagement pris depuis plus d'un siècle : «celui qui viole le droit international doit réparer» ? Et si les Etats ayant pris cet engagement n'agissent pas au niveau national ou international, comment réagir ? Que faire ? Comment qualifier donc cette situation présente au niveau international en essayant d'apporter des réponses convaincantes à des victimes comme celles de Distomo ? Comment nier tout effet juridique émanant de l'article 3 quant à un droit aux réparations pour violations graves du droit international humanitaire ? Une logique juridique restrictive pour combien de temps peut-elle résister encore quand la communauté internationale, aujourd'hui même, renvoie devant les assises de la Cour pénale internationale des chefs d'Etat comme Bashir du Soudan et Kadhafi de Libye pour crimes contre l'humanité, et prend des mesures en faveur des droits de l'homme, des populations vulnérables, des victimes de guerre ?

114. Le présent ordre juridique international ne pourra pas accepter l'immunité juridictionnelle absolue de l'Etat responsable pour des actes qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, commis par ses organes. Car une telle position se manifeste comme dépassée et incompatible avec les exigences de la justice et de l'Etat de droit, des droits de

l'homme qui forment le contexte juridico-politique d'une certaine culture que la communauté internationale en tant qu'entité développe. Si l'immunité juridictionnelle de l'Etat restait intouchable, cette situation allait se trouver en contradiction directe avec d'autres développements du droit international, notamment relatifs à la responsabilité internationale de la personne, la levée de l'immunité des chefs d'Etat, les droits des individus de recourir devant des tribunaux nationaux ou internationaux, etc. Cette constatation devrait être prise en considération en relation avec le fait que les règles de la responsabilité internationale et, partant, de l'immunité étatique étaient formées à une époque où l'individu disposait sous l'angle du droit international d'un statut différent. En revanche, aujourd'hui on se trouve face aux droits de l'homme, à la responsabilité pénale individuelle, la compétence universelle et les instances juridictionnelles pénales internationales.

115. Comme d'ailleurs la majorité de la Chambre des Lords reconnaît dans l'arrêt *Pinochet*, «il est contradictoire, d'un côté, pour les Etats d'avoir l'obligation de juger ou d'extrader des criminels de guerre et, de l'autre côté, de leur reconnaître pour ces crimes une immunité juridictionnelle». Evoquer d'une manière légitime un intérêt national de la part de l'Etat, afin de gagner une exception d'une compétence juridictionnelle nationale, vide sa force en vue de l'évolution du droit international contemporain.

116. Comme cité par Fleck :

«It would be a paradox in armed conflicts today that the individual responsibility for international crimes is fully part of current international law, whereas the rights of individual victims under international humanitarian law remain 'imperfect' in that there is no correlative and enforceable duty on the side of the responsible States.»

117. Désormais, la responsabilité de la communauté internationale et de ses membres d'assurer le redressement des violations du droit international humanitaire et la réparation des victimes est ouverte, au-delà même de l'existence d'un «traité de paix».

118. N'est-il pas étrange que cette conception prévaut au moment où la communauté internationale reconnaît le principe de la responsabilité de protéger, dans les cas de crimes de guerre/contre l'humanité/génocide/nettoyages ethniques commis dans un Etat impuissant ou involontaire pour redresser de la situation ; ce qui autorise, après décision du Conseil de sécurité, même un droit d'intervention armée pour la protection des populations menacées ou touchées (voir la Libye).

119. Tendances, orientations, émergences, une telle mobilité à l'échelle nationale et internationale démontre que les changements autour de l'immunité sont déjà là.

120. La percée, Monsieur le président, tant au niveau national qu'international, de faire droit à la réparation des victimes des violations est déjà significative et elle se poursuivra. C'est un défi — pour les années à venir — que la communauté des nations adopte comme thèse générale cette nouvelle approche, mais si conforme avec le sens même du droit et de l'éthique.

121. Dans ces circonstances, la Cour, avec son autorité et sa sagesse, va trancher les questions qui se posent dans cette instance et qui se trouvent au cœur de la problématique des tribunaux grecs dans l'affaire *Distomo*, mais aussi dans d'autres.

122. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, il faut douter du propos qu'on a entendu du côté de l'Allemagne quant au danger qui menace l'ordre juridique international, par la marée de réclamations individuelles devant le juge national, s'il y avait changement sur l'immunité juridictionnelle étatique. L'ordre international, Monsieur le président, est par contre, à notre sens, menacé par le comportement des Etats qui ne se conforment pas aux règles de droit international, qui se méfient des droits de l'homme, qui ne s'engagent pas à la promotion des valeurs de la justice et de l'Etat de droit. Le droit international risque d'être ébranlé par ce genre d'attitudes et non pas par la montée des droits de l'homme.

123. Une décision de la Cour internationale de Justice sur les effets du principe de l'immunité juridictionnelle des Etats lorsqu'il est confronté avec une règle du droit international de caractère *jus cogens* — comme l'interdiction de violation des règles fondamentales du droit humanitaire — guidera le juge grec en la matière. Ceci aura ainsi des effets importants sur des actions juridiques qui sont pendantes ou potentielles de la part des individus devant ces tribunaux.

124. L'arrêt *Margellos et autres* de la Cour suprême spéciale, comme d'ailleurs la position de la Cour de cassation en 2000, ainsi que les quelques dizaines de jugements émanant des diverses juridictions de première instance et d'appel, montrent que la justice grecque semble encore divisée sur la question de l'immunité et ceci sans négliger, sans sous-estimer la montée dynamique de la tendance adoptée par Aegios Pagos et le tribunal de Livadia, qui se dessine autour des développements du droit international en la matière, notamment exprimée par les juges en l'affaire *Distomo*.

125. Nous sommes confiants en la sagesse de la Cour afin de trancher la question complexe et délicate de l'immunité juridictionnelle de l'Etat. Comme d'ailleurs dans le passé, dans l'affaire *Arrest Warrant*, elle a su poser les limites entre immunité personnelle et juridiction universelle. Elle peut également dans notre affaire délimiter d'une manière systématique et efficace les conditions de l'exercice des immunités juridictionnelles, évitant ainsi de tomber dans une catastrophologie apocalyptique.

126. Le Gouvernement hellénique considère que l'effet du jugement que votre Cour prononcera dans cette affaire concernant l'immunité juridictionnelle sera d'une grande importance d'abord pour l'ordre juridique italien et, certes, pour l'ordre juridique hellénique. En fait l'article 28 de notre Constitution stipule que : «Les règles du droit international généralement reconnues ... font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire.»

127. Par le biais de cette provision de la Constitution, le droit international coutumier est directement applicable par les tribunaux grecs. Il ressort clairement, également, de cette disposition constitutionnelle que, comme le droit coutumier évolue, son évolution doit être identifiée et appliquée par les tribunaux, chaque fois que le cas se présente.

128. En résumé, Monsieur le président, le Gouvernement hellénique considère que l'analyse juridique dans l'affaire *Massacre de Distomo* et l'interprétation donnée au développement du droit international reflètent un état d'esprit répandu dans une pratique nationale et internationale en essor, ainsi que l'émergence d'une nouvelle situation dans ce complexe sensible, articulé par la responsabilité internationale de l'Etat, l'obligation de l'Etat à réparer, le droit à la réparation des individus pour violation du droit international humanitaire et le principe de l'immunité de l'Etat. Si on allait refuser la mise en œuvre du *jus cogens* de la sorte, face à la règle de l'immunité juridictionnelle de l'Etat, on allait aboutir en fait à une non-responsabilité des Etats ayant commis des atrocités. Une telle conclusion aujourd'hui risque, d'ailleurs, de rétrograder tout développement positif au sein de la communauté internationale.

129. En revanche, une conclusion contraire de votre Cour qui allait constater et consacrer que l'immunité juridictionnelle de l'Etat se décline face à des crimes internationaux odieux serait «un premier élément dans un processus de réconciliation avec le passé» pour les victimes des

massacres comme celui de Distomo. Les victimes et leurs parents — certains ici présents — ne revendiquent que justice au moyen des droits de l'homme. La décision de la Cour internationale de Justice devrait s'associer aux intentions de la communauté internationale affirmées dans le document final du Sommet de l'ONU de 2005, quant à un ordre international de paix, de justice, de l'Etat de droit, de droits de l'homme, de démocratie et de développement. Ce serait, comme on dit, la catharsis, envisagée comme l'acte final dans la tragédie grecque.

Monsieur le président, je vous remercie de votre attention.

The PRESIDENT: I thank Professor Stelios Perrakis, the Agent of Greece, for his presentation as well as his statement on the general evaluation and concluding remarks concerning the position of Greece as the intervening State. That ends this morning's sitting. The next sitting will be held tomorrow between 10 a.m. and 12.30 p.m. to hear Germany's second round of oral argument and observations with respect to the subject-matter of the intervention.

The sitting is closed.

The Court rose at 11.40 a.m.
