

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Je souscris aux conclusions de la Cour et, dans une large mesure, aux motifs exposés dans l'arrêt. La présente opinion a pour objet de mettre l'accent sur le fait que les règles du droit international reconnaissant ou non l'immunité d'un Etat étranger devant les juridictions d'un autre Etat sont solidement fondées sur des principes de droit international et des politiques de l'ordre juridique international. J'entends ainsi enrichir l'analyse exhaustive et convaincante de la pratique étatique à laquelle s'est livrée la Cour.

2. L'un des principes fondamentaux du droit international en cause dans le domaine à l'examen est celui de l'égalité souveraine des Etats; il s'agit du premier principe énoncé à l'article 2 de la Charte des Nations Unies. En vertu de ce principe, tel que développé dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, tous les Etats ont des droits et devoirs égaux et sont juridiquement égaux (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale). Dans les affaires qui soulèvent des questions ayant trait à l'immunité des Etats, ce principe ainsi que les droits et obligations qui en découlent s'appliquent par définition à deux Etats, à savoir l'Etat du for, où l'action en cause est engagée, et l'Etat étranger, qui est — ou est censé être — l'Etat défendeur. La compétence des juridictions du premier degré découle de la souveraineté de celui-ci. Si le tribunal concerné a compétence pour connaître du différend porté devant lui lorsque le défendeur est une personne physique ou morale, pourquoi devrait-il en être autrement lorsque le défendeur est un Etat étranger? A cela s'opposent cependant les principes de l'égalité souveraine et de l'indépendance de l'Etat étranger, lesquels étayaient l'immunité; l'on ne saurait en effet exercer un pouvoir de juridiction sur un égal.

3. La question est donc de savoir comment ces deux propositions peuvent être conciliées. A cet égard, les décisions rendues par des juridictions nationales, les lois adoptées par des parlements nationaux, les traités — et les réformes législatives, processus diplomatiques et négociations qui y conduisent —, la pratique d'autres Etats — qui a été largement examinée dans le présent arrêt — ainsi que la doctrine fournissent certains éléments de réponse. Dans ces différents contextes, une attention particulière a toujours été accordée à la nature de l'acte qui fait l'objet de l'instance, et tel continue d'être le cas. Pour l'exprimer en des termes généraux, la question est de savoir si l'acte en question est de nature publique, autrement dit s'il doit être considéré comme constituant l'exercice, par l'Etat, de son autorité souveraine, ou s'il s'agit d'un acte à caractère privé, qui ne

peut être distingué de celui de toute autre personne agissant dans le cadre du droit local. Dans le premier cas, la nécessité de respecter la souveraineté d'un autre Etat ainsi que certaines considérations relatives à la notion de réciprocité et à d'éventuels risques pour les relations internationales peuvent revêtir la plus haute importance et donner à penser que l'immunité s'impose. Dans le second cas, les similitudes entre les actes de l'Etat étranger et ceux d'autres personnes agissant dans le cadre du droit national ainsi que les droits et obligations correspondants de l'autre partie (non étatique) à l'instance peuvent donner à penser qu'il convient d'écarter l'immunité. Il peut en être ainsi, par exemple, si l'acte en cause revêt un caractère commercial ou transactionnel; s'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit supposé au regard du droit local, commis sur le territoire de l'Etat du for; ou si l'action engagée a trait à des biens situés sur le territoire de cet Etat. Les réponses qui ont été apportées en fonction de ces éléments ont changé et, à n'en pas douter, continueront de changer avec le temps, et ce, dans le sens d'une restriction de l'immunité. En la présente espèce, l'Italie soutenait que la position adoptée par ses tribunaux était conforme à cette tendance. L'Allemagne contestait cet argument.

4. Ces questions se sont fait jour il y a deux siècles. Afin de le démontrer, je prendrai pour exemples deux décisions judiciaires datant du XIX<sup>e</sup> siècle ainsi qu'une résolution adoptée par l'Institut de droit international. Si j'ai retenu ces exemples parmi bien d'autres, c'est parce qu'ils mettent en lumière tant les principes que les autres facteurs que j'ai mentionnés; ils montrent que la *common law* et les juristes issus de cette culture — souvent considérés comme ayant souscrit à la conception de l'immunité absolue jusqu'à une période bien avancée du XX<sup>e</sup> siècle — avaient, tout comme leurs homologues issus d'autres systèmes juridiques, admis très tôt qu'il convenait de mettre en balance lesdits facteurs; par ailleurs, ces exemples divisent fort commodément le droit en deux parties: les domaines dans lesquels les tribunaux de l'Etat du for sont fondés à exercer leur compétence à l'égard d'un Etat étranger, et ceux où ils ne le peuvent pas en raison de l'immunité dont jouit cet Etat. J'ai bien évidemment conscience qu'il est inhabituel, dans la pratique de la Cour et de sa devancière, de se fonder sur des décisions rendues par des juridictions nationales. Toutefois, ainsi que cela ressort du présent arrêt, la Cour a à juste titre accordé à pareilles décisions un rôle essentiel. C'est qu'en effet, dans le domaine du droit qui est à l'examen, ce sont ces décisions, ainsi que la réaction — ou l'absence de réaction — de l'Etat étranger, qui constituent une partie importante de la pratique étatique. De surcroît, le raisonnement suivi par les juges à la lumière des principes pertinents est fort précieux.

5. Je commencerai par me référer aux vues exposées il y a deux cents ans par le Chief Justice Marshall, lequel s'exprimait au nom de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique. En l'affaire *Schooner Exchange c. McFaddon* (11 *US* 116 (1812)), il a commencé par indiquer ce qui suit:

«La compétence des tribunaux est une branche de ce qui appartient à la nation en tant que pouvoir souverain indépendant.

Le pouvoir de juridiction de la nation à l'intérieur de son propre territoire est nécessairement exclusif et absolu. Il ne peut faire l'objet d'aucune restriction qui ne soit imposée par la nation elle-même. Toute restriction de ce pouvoir de juridiction qui serait imposée par une source extérieure impliquerait une diminution équivalente de la souveraineté de la nation ainsi qu'une ingérence équivalente de la puissance étrangère qui aurait imposé cette limitation dans la sphère souveraine de la nation.» (11 *US* 116, p. 136.)

Le Chief Justice Marshall a ensuite passé en revue différents exemples de consentement de l'Etat territorial fondés, selon lui, sur l'usage commun et sur l'opinion commune découlant de cet usage. Soixante ans plus tard, un juge anglais, sir Robert Phillimore, a rejeté l'invocation de l'immunité par le khédive d'Egypte. Il a commencé son examen de l'immunité de juridiction du prince étranger en

«expos[ant] avec précision les fondements sur lesquels repose ce privilège. Il ressort des principes énoncés dans la jurisprudence générale que le fait qu'une personne ou un bien soit présent à l'intérieur des limites d'un Etat fonde la compétence des tribunaux de cet Etat... Ce principe ne vaut ni pour le prince souverain ni pour son représentant; cette dernière règle s'applique de manière absolue lorsqu'il s'agit de leur personne et, lorsqu'il s'agit de leurs biens, au moins pour autant que le bien en question est en rapport avec la dignité de leur rang et l'exercice de leurs fonctions publiques.

Sur quels fondements ce privilège repose-t-il? Certainement pas sur le fait que le souverain posséderait, de par sa souveraineté, un droit absolu à en bénéficier; pareil droit ne serait en effet pas compatible avec le droit du souverain territorial... Le véritable fondement de l'immunité est le consentement et l'usage des Etats indépendants, lesquels ont universellement accordé cette immunité de juridiction afin de permettre au représentant de la souveraineté d'un Etat étranger de s'acquitter de ses fonctions avec dignité et en toute liberté, sans être entravé par une quelconque action en justice.» (*The Char- kieh* (1873), *LR* 4 A & E 59, p. 88.)

Les références faites par ces juges à l'usage commun et à l'opinion commune qui en découle incitent à penser que le consentement de l'Etat territorial commençait à être considéré comme une fiction; selon ma perception du développement du droit, la conciliation entre les souverainetés concurrentes a alors cessé de reposer sur l'idée du consentement, tandis que d'autres facteurs susmentionnés, et notamment la nature de l'acte en cause, ont été pris en considération. L'effet conjugué de ce dernier facteur, du consentement (implicite) et de considérations de principe ressort lui aussi de ces deux décisions, dans lesquelles les juges ont exposé des situations où la souveraineté territoriale pouvait l'emporter sur celle de l'Etat étranger.

6. Le Chief Justice Marshall s'est ainsi penché sur ce qu'il considérait comme un cas manifestement différent, à savoir celui des biens privés du

prince. Selon le Chief Justice Marshall, lorsqu'il acquiert un bien à titre privé dans un pays étranger, un prince pourrait être considéré «comme soumettant ce bien à la juridiction territoriale dudit Etat; il peut être considéré comme ayant, dans cette mesure, renoncé à sa qualité de prince, comme étant devenu un simple particulier» (11 *US* 116, p. 145); ou bien, pourrait-on ajouter, les éléments de souveraineté, d'égalité, d'indépendance et de dignité font en pareil cas défaut, et le consentement — celui, cette fois, de l'Etat étranger, qui est généralement implicite — peut, dès lors, être considéré comme consistant à refuser l'immunité. De la même manière, sir Robert Phillimore a mis l'accent sur le fait que le navire qui faisait l'objet de l'instance dont il était saisi «servait aux fins ordinaires du commerce. Il appartenait à ce que l'on peut qualifier de flotte commerciale.» (*LR* 4 A & E 59, p. 99.) Il avait préalablement indiqué ce qui suit :

«L'objet du droit international, dans ce domaine comme dans d'autres, n'est ni de commettre des injustices ni d'empêcher qu'il soit fait droit à une juste demande, mais de substituer au recours ordinaire aux tribunaux — lorsque pareil recours risquerait de porter atteinte à la dignité des représentants d'un Etat étranger ou de les entraver dans l'exercice de leurs fonctions — les négociations intergouvernementales, quoique celles-ci puissent être dilatoires et que l'issue puisse en être lointaine et incertaine. Si, en revanche, le procès ne présente pas l'inconvénient susmentionné, alors tant l'objet du droit international que celui du droit commun sont atteints: s'agissant du premier, par le respect de la dignité personnelle et de la commodité du souverain; s'agissant du second, par l'administration de la justice.

Les exceptions universellement reconnues à la règle générale de l'immunité souveraine démontrent, à l'examen, le bien-fondé de cette proposition. Il est par exemple admis que l'immunité de juridiction ne s'applique pas aux immeubles. Cela peut s'expliquer par le fait que le propriétaire de pareils biens est à ce point intégré dans le système juridique de l'Etat dans lequel ceux-ci se trouvent que l'inconvénient que cela constitue, d'une manière générale, pour les Etats de reconnaître l'exemption de juridiction l'emporte sur l'avantage qui fonde cette exemption en d'autres matières. Une autre raison est cependant assurément ... que pareil procès peut être mené sans qu'il soit besoin de signifier la citation au souverain et sans que cela n'affecte d'une quelconque manière un bien personnel qui serait nécessaire à l'exercice de ses fonctions. L'exemption de juridiction doit donc être écartée, que ce soit pour l'une des raisons susmentionnées, ou encore pour une troisième, à savoir que le fait d'acquérir un immeuble emporte renonciation à ce privilège.» (*LR* 4 A & E 59, p. 97-98.)

7. Le premier de ces deux paragraphes met fort utilement en lumière la distinction entre l'obligation de fond qui incombe à l'Etat étranger et les moyens procéduraux ou institutionnels par lesquels cette obligation doit être exécutée; il est satisfait à la «juste demande», dans un cas, par le biais

d'une procédure judiciaire et, dans l'autre, par la négociation entre Etats. Cette distinction est essentielle en droit d'une manière générale, et elle l'est plus particulièrement en la présente espèce (voir le point 3 de la section III de l'arrêt). Le second paragraphe, outre qu'il rappelle d'autres cas dans lesquels la souveraineté territoriale l'emporte, étaye cette conclusion.

8. Dans le projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers, adopté en 1891 par l'Institut de droit international, figure une liste exhaustive de six cas dans lesquels des actions judiciaires peuvent être intentées contre des Etats étrangers. Sur cette liste sont mentionnées les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délict commis sur le territoire de l'Etat du for (art. 4, para. 6). Cette liste est immédiatement suivie d'une interdiction de pareilles actions, notamment en ce qui concerne les actes de souveraineté (art. 5). Une approche similaire ressort de la résolution relative à l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, que l'Institut a adoptée un siècle plus tard, M. Ian Brownlie ayant exercé les fonctions de rapporteur (« Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats », 1991). Cette résolution énonce neuf critères indicatifs de la compétence des tribunaux ou autres organes de l'Etat du for, et cinq critères indiquant le contraire. Parmi les premiers figurent les actions « concernant le décès ou les dommages corporels de personnes ainsi que la perte ou les dommages aux biens, imputables à des activités d'un Etat étranger ou de ses agents dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for » (art. 2, par. 3, al. *e*). Parmi les seconds critères, indicatifs de l'incompétence, sont mentionnés: 1) « [l]a relation entre l'objet du différend et la légalité des opérations de l'Etat défendeur au regard du droit international public » (art. 2, par. 3, al. *b*); et 2) le fait que « [l]es organes de l'Etat du for ne devraient pas se déclarer compétents pour enquêter sur le contenu ou la mise en œuvre des politiques de l'Etat défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique » (art. 2, par. 3, al. *d*).

9. Cette résolution a été adoptée quelques semaines à peine après que la Commission du droit international (CDI) eut achevé son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, projet qui a été à la base de la convention des Nations Unies de 2004. En 1991, la CDI a précisé que restait généralement valide le commentaire qu'elle avait adopté en 1980, lequel était fondé sur l'examen d'une grande partie de la pratique étatique, y compris la législation, les actes de l'exécutif et les décisions judiciaires, les traités et nombre d'autres sources faisant autorité. Ce commentaire, qui figurait sous l'intitulé « Fondement rationnel de l'immunité des Etats », se lisait comme suit :

« Les arguments les plus convaincants que l'on puisse avancer à l'appui du principe de l'immunité des Etats se trouvent dans le droit international tel qu'il se dégage des usages et de la pratique des Etats, exprimés en termes de souveraineté, d'indépendance, d'égalité et de dignité des Etats. Toutes ces notions semblent s'unir pour constituer

une base juridique ferme sur laquelle se fonde l'immunité souveraine. L'immunité des Etats découle de la souveraineté. Deux sujets égaux ne peuvent exercer leur volonté ou leur autorité souveraine l'un sur l'autre: *par in parem imperium non habet.*» (*Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 1980, vol. II (deuxième partie), p. 152, par. 55 du commentaire relatif à l'article 6; *ibid.*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 23, par. 1 du commentaire relatif à l'article 5).

10. Tout au long de ses travaux sur le sujet, la CDI a continué d'établir la distinction entre public et privé — pour utiliser un raccourci — qui s'était fait jour au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans la première sphère, les principes d'égalité souveraine, d'indépendance, de réciprocité et de dignité, les risques éventuels pour les relations internationales et, le cas échéant, le fait que l'Etat territorial ait (implicitement) consenti à renoncer à sa compétence territoriale l'emportaient. Dans la seconde sphère, l'Etat étranger, en agissant de fait comme une personne privée dans le cadre du système juridique local, soit se soumettait lui-même au droit et au système judiciaire locaux, soit y devenait assujéti. La CDI, en rédigeant les huit dispositions qui figurent aujourd'hui dans la troisième partie, intitulée «Procédures dans lesquelles les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité», de la convention des Nations Unies, a opéré un choix entre ces deux hypothèses. L'expression «l'Etat est considéré comme ayant consenti à l'exercice de» la compétence locale, qui figurait dans quatre de ces dispositions, a ainsi été remplacée par l'expression «l'Etat ne peut invoquer» l'immunité de juridiction devant ce tribunal (*ACDI*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 34, par. 2 du commentaire relatif à l'article 10). Il n'est donc plus question de consentement implicite ou fictif de l'Etat étranger; les propositions étayant la souveraineté territoriale prennent désormais la forme d'énoncés de droit général.

11. A la lumière de ce qui précède, j'examinerai à présent les faits qui sont au cœur des actions engagées devant les tribunaux italiens. Les forces allemandes ont infligé des souffrances indicibles au peuple italien au cours de la période allant du mois de septembre 1943 jusqu'à la libération de l'Italie, en mai 1945. L'Allemagne reconnaît ces faits et leur caractère illégitime, précisant qu'elle admet pleinement sa responsabilité pour ces terribles événements. Les tribunaux italiens sont-ils alors fondés à exercer leur compétence à l'égard d'actions se rapportant à ces faits et engagées contre l'Allemagne? Comment la contradiction entre des souverainetés égales peut-elle être levée?

12. L'une des réponses avancées par l'Italie était fondée sur la règle du délit ou du quasi-délit local. Ainsi que cela a été précisé, cette règle est admise de longue date, au moins dans la doctrine; de toute évidence, les actes en cause dans la présente affaire seraient illégitimes au regard de tout système juridique national, et illicites en droit international. Quelle est cependant la portée de ladite règle? Ses formulations en 1891 et 1991 par l'Institut de droit international requièrent un élément territorial, à savoir

que l'acte en question ait été commis sur le territoire ou dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for (voir par. 8 ci-dessus). Ce même élément est énoncé de façon plus détaillée à l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 :

«A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.»

13. La disposition précitée ainsi que le commentaire y relatif de la CDI mettent l'accent sur le caractère à la fois local et privé de la procédure judiciaire en question. Le droit local doit prévoir un droit à réparation; l'auteur doit avoir été présent sur le territoire au moment où l'acte s'est produit; et celui-ci doit s'y être produit en totalité ou en partie. Selon la CDI, l'exception à la règle de l'immunité «n'est applicable qu'aux cas dans lesquels l'Etat intéressé aurait été tenu de réparer en vertu de la *lex loci delicti commissi*»; le tribunal le plus indiqué est celui de l'Etat où l'acte a été commis; et la dérogation à la règle de l'immunité permettrait d'empêcher qu'une compagnie d'assurance puisse se retrancher derrière l'immunité de l'Etat (les dommages susceptibles d'être couverts seront, pour la plupart, assurables) (ACDI, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 44-45, par. 2-4 du commentaire relatif à l'article 12). La règle figurant à l'article 12, à supposer qu'elle énonce le droit international coutumier, ainsi que le fondement sur lequel elle repose n'ont manifestement pas trait aux actes délictuels ou quasi délictuels commis ailleurs, en l'espèce en dehors de l'Italie.

14. La CDI est également d'avis que les assassinats politiques (s'ils ont été commis à l'instigation de l'Etat ou si celui-ci en avait connaissance, je présume) tomberaient sous le coup de cette disposition. Cela paraît fondé, quoique pareil acte puisse, d'une certaine manière, être considéré comme étant de nature proprement publique ou gouvernementale; selon toute vraisemblance, il s'agirait aussi d'une violation grave du droit local, qui engagerait la responsabilité civile et donnerait lieu à une action devant les tribunaux locaux. Pour en revenir au point de départ énoncé par le Chief Justice Marshall, celui de la compétence exclusive des juridictions du souverain local, rien ne justifie, selon moi, du point de vue de l'égalité souveraine, de l'indépendance, de la dignité, de la réciprocité ou des risques éventuels pour les relations internationales, ou encore du consentement implicite du souverain territorial, de refuser que soit exercée la compétence à l'égard de pareille violation du droit interne.

15. Les actes commis au cours d'un conflit armé sont en revanche, à mon sens, d'une tout autre nature. Ce sont des actes commis au niveau



international et interétatique, revêtant un caractère souverain et ayant trait, pour reprendre les termes employés dans les textes de l'Institut de droit international (voir par. 8 ci-dessus), à la mise en œuvre de la politique de l'Etat défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique, actes qui doivent donc être appréciés au regard du droit international. Ces actes ne doivent pas être principalement appréciés au regard du droit national, et ce, bien qu'ils puissent aussi constituer des violations du droit pénal local, dans la mesure où y sont incorporées des dispositions du droit international, celles, par exemple, qui définissent ou énoncent des crimes à raison desquels la responsabilité des individus peut être engagée et à l'égard desquels ceux-ci ne peuvent pas jouir de l'immunité.

16. Dans son commentaire, la CDI se contente d'indiquer que son projet d'article 12 «ne s'applique pas ... à des situations liées à des conflits armés» (*ACDI*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 48, par. 10 du commentaire relatif à l'article 12). Quoiqu'il eût été utile que fût précisé dans la convention des Nations Unies, comme c'est le cas dans la convention européenne, que cet instrument ne s'applique pas à des demandes liées à des conflits armés ou à des actes commis par des forces armées (convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, art. 3), le président du comité spécial a, dans la déclaration présentant le rapport de son comité sur le projet de convention qu'il a faite le 25 octobre 2004, suivi la position de la CDI en indiquant clairement que l'une des questions qui avaient été posées était celle de savoir si la convention s'appliquait aux activités militaires, ajoutant qu'il avait toujours été généralement admis que tel n'était pas le cas (*A/C6/59/SR13*, par. 36; voir également la référence figurant dans le dernier alinéa du préambule de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, par laquelle a été adoptée la convention, à la «déclaration faite par le président du comité spécial»). La Norvège et la Suède, lorsqu'elles ont ratifié la convention, ont explicitement indiqué qu'elles la comprenaient ainsi. Selon moi, il ressort de la déclaration du président du comité spécial que l'exclusion des réclamations se rapportant à des conflits armés allait presque de soi.

17. Un autre élément venant étayer cette exclusion est l'analogie avec les dispositions du droit national qui, dans bien des pays, ont commencé par reconnaître l'immunité de juridiction absolue des Etats devant leurs propres tribunaux, avant de la limiter. Au sujet de la première période, la CDI a indiqué ce qui suit :

«C'est au XIX<sup>e</sup> siècle que la doctrine de l'immunité des Etats s'est imposée dans la pratique d'un grand nombre d'Etats. Dans les juridictions de «common law», notamment au Royaume-Uni et aux Etats-Unis d'Amérique, le principe selon lequel les Etats étrangers ne tombent pas sous le coup de la juridiction de l'Etat territorial a, dans une large mesure, été influencé par la notion d'immunité traditionnelle du souverain local, qui n'a rien à voir avec l'application de la notion de courtoisie internationale ou *comitas gentium*. Au Royaume-Uni, en tout cas, la



doctrine de l'immunité souveraine est le résultat direct de l'usage constitutionnel anglais exprimé par la maxime «Le Roi ne peut pas être poursuivi devant ses propres tribunaux». Il était donc constitutionnellement impossible de traduire en justice le souverain national... L'immunité de la couronne fut plus tard étendue aux souverains des autres nations ou aux souverains étrangers avec lesquels, à un stade ultérieur de développement du droit, les Etats étrangers ont été identifiés.» (*ACDI*, 1980, vol. II (deuxième partie), p. 140-141, par. 9.)

Dès 1932, les auteurs du projet de convention de Harvard sur la compétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers, projet qui fit l'objet de recherches approfondies et fut rédigé avec le plus grand soin, étaient cependant en mesure d'indiquer ce qui suit :

«Les exceptions [à la règle de l'immunité absolue] sont apparues lorsque les nécessités liées à la vie moderne se sont modifiées et multipliées. Un nombre croissant d'Etats ont alors adopté des lois autorisant que des personnes privées engagent contre eux des actions judiciaires devant leurs propres tribunaux. Aussi le vieux principe anglais selon lequel le souverain ne saurait mal faire a-t-il perdu bien de sa force en tant que théorie juridique applicable.» (*AJIL*, vol. 26 (1932), sup., p. 527-528; texte collectif dont Philip C. Jessup fut le rapporteur.)

Un certain nombre d'exceptions à l'immunité étaient ainsi énumérées dans ce projet. Vingt ans plus tard, M. Hersch Lauterpacht a poursuivi cette analogie avec le droit national en se référant à des changements législatifs récents dans les pays de *common law* limitant l'immunité de l'Etat du for devant ses propres tribunaux («The Problem of the Jurisdictional Immunities of Foreign States», *BYBIL*, vol. 28 (1951), p. 220-221, p. 233-235). Nombre de ces changements visaient, en se référant aux principes de l'Etat de droit et de l'égalité de l'Etat et de ses citoyens devant le droit, à mettre l'Etat dans la même situation que l'individu dans le cadre d'un procès. Pour reprendre la distinction établie plus haut, ces nouvelles lois avaient pour objet de soumettre l'Etat à la compétence des tribunaux dans le cadre d'actions de droit privé; en revanche, elles ne permettaient pas que soient engagées contre l'Etat des actions ayant trait aux actes de ses forces armées agissant dans le cadre de sa défense, ni même dans un cadre plus général. Pareilles questions étaient régies sur le plan national par des politiques générales telles que celles concernant les pensions de guerre et d'autres mesures tendant à la réinsertion des membres des forces armées démobilisés (voir, par exemple, P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown*, 3<sup>e</sup> éd., 2000, 7 (6) b)). Quoiqu'il ne faille pas prolonger par trop ce parallèle avec les actes privés, il est intéressant de relever qu'en Italie, ainsi que Sompong Sucharitkul, le premier rapporteur spécial de la CDI l'a précisé en 1959,

«la doctrine de l'immunité de l'Etat a également, en règle générale, été appliquée par les tribunaux italiens au XIX<sup>e</sup> siècle. Dès le départ, ces tribunaux ont cependant adopté une conception restrictive de

l'immunité fondée sur la double personnalité de l'Etat. Cela résultait essentiellement de ce que, en Italie, le souverain local lui-même était soumis à la compétence du juge italien à l'égard des actes accomplis à titre privé. » (*State Immunities and Trading Activities in International Law*, 1959, p. 11.)

18. Sur le plan international, les réclamations relatives aux dommages et pertes de guerre contre d'anciens belligérants sont, en pratique, traitées dans le cadre de négociations et d'accords interétatiques, ce qu'attestent, en la présente espèce, les traités de 1947 et de 1961 (voir paragraphes 22 et 24-25 de l'arrêt); dans ces accords, ces réclamations sont examinées d'une manière générale et souvent réciproque, et non au cas par cas, en recherchant ou non l'existence d'une faute. De par cette pratique internationale sont reconnues les conséquences des importants ravages que provoquent les grands conflits armés. Ces ravages, auxquels s'ajoute la nécessité impérieuse, pour les anciens Etats belligérants, de reconstruire leurs sociétés et leurs économies — nécessité reconnue par ladite pratique —, semblent rendre totalement irréaliste la thèse de l'Italie, telle qu'ainsi exposée :

« Lorsque les Etats (aussi bien l'Etat des victimes que celui qui est responsable des violations) négocient de[s] accords [ayant trait aux dommages de guerre], ils doivent veiller à ce que : *a*) toutes les catégories de victimes des crimes de guerre (si ce n'est la totalité des victimes individuelles) soient visées; *b*) il existe des ressources suffisantes afin que la réparation soit plus que symbolique; *c*) il existe des mécanismes appropriés permettant de s'assurer que les victimes ont été indemnisées. Il ne serait donc pas suffisant qu'un Etat se contente d'affirmer que l'autre partie avait consenti à renoncer à toutes les réclamations en échange d'une somme d'argent. Il doit être garanti que le montant est suffisant et approprié; des critères doivent être prévus pour l'identification des victimes et pour la répartition du montant entre ces dernières. » (Contre-mémoire de l'Italie, par. 5.26.)

Comment aurait-il bien pu être satisfait aux exigences énoncées aux points *a*) et *b*) en Europe, après six années d'une guerre acharnée? Dans la pratique, l'ensemble des réparations perçues ont, le plus souvent, été utilisées par les Etats à des fins de reconstruction générale, ce qui est d'ailleurs tout à fait compréhensible. Enfin, le point *c*) n'est pas une obligation reconnue en droit, et elle ne l'est pas toujours en fait.

19. Se référant, pour l'essentiel, à de nombreux accords de règlement d'après guerre conclus par les Etats-Unis d'Amérique à travers l'histoire, Louis Henkin a précisé ce qui suit :

« les gouvernements ont traité ces réclamations privées comme s'il s'agissait de leurs propres réclamations, les utilisant dans le cadre de négociations internationales comme autant d'atouts ou de jokers dans un jeu de cartes. Dans les accords de règlement, les réclamations découlant de créances privées ont été agrégées, ou associées, à d'autres réclamations qui, à l'origine, étaient de nature intergouvernementale;

dans ce cadre, des concessions peuvent être faites en ce qui concerne une catégorie de réclamations en échange de concessions concernant une autre catégorie, ou en raison de considérations politiques plus générales sans lien avec une quelconque créance. En conséquence, à moins qu'ils n'en disposent autrement, les accords de règlement internationaux effacent généralement la créance privée sous-jacente, mettant ainsi fin à toute possibilité de recours en vertu du droit national...

Le plus souvent, rien ne garantissait que le règlement global était la meilleure « affaire », que les citoyens n'étaient pas sacrifiés à d'autres intérêts nationaux ni, c'est certain, que le particulier était totalement indemnisé. » (*Foreign Affairs and the US Constitution*, 2<sup>e</sup> éd. (1996), p. 300.)

La Cour d'appel des Etats-Unis d'Amérique pour le district de Columbia a récemment cité la première partie de ce passage et, s'agissant des « considérations politiques plus générales », rappelé ce qu'avaient indiqué les Etats-Unis d'Amérique en 1952 au sujet du traité de paix conclu l'année précédente avec le Japon :

« De toute évidence, le fait d'insister pour que soient versées des réparations proportionnelles aux revendications formées par les pays victimes et leurs nationaux anéantirait l'économie du Japon, supprimerait tout crédit dont ce pays peut encore bénéficier aujourd'hui, annihilerait toute initiative de son peuple et engendrerait la misère et le chaos, terrain sur lequel le mécontentement et le communisme risqueraient alors de se développer. » (*Joo c. Japan* (2005), 413 F. 3d 45, p. 52.)

Cette pratique établie de fort longue date, qui reconnaît les dures réalités d'après guerre ainsi que la nécessité, pour les anciens Etats ennemis, d'établir de nouvelles relations, étaye fermement la conclusion selon laquelle un ancien Etat belligérant ne saurait, sans son consentement, être soumis à la compétence d'un tribunal étranger dans des affaires telles que celles qui faisaient l'objet de la présente instance.

20. Pour conclure, je soulignerai de nouveau que le présent arrêt ne nullement la responsabilité de l'Allemagne pour les atroces violations du droit international qu'elle a commises à l'encontre de citoyens italiens entre 1943 et 1945. D'ailleurs, pour reprendre les termes employés par son agent devant la Cour, l'Allemagne « a reconnu sa pleine responsabilité à l'égard des terribles événements qui se sont déroulés pendant la seconde guerre mondiale ». Ce n'est cependant pas cette responsabilité, ni les obligations qui en découlent, dont la Cour a eu à connaître. Ce dont la Cour a eu à connaître, c'est uniquement la prétention de l'Allemagne à l'immunité de juridiction devant les tribunaux italiens à l'égard des actions fondées sur lesdits événements qui ont été engagées contre elle par des citoyens italiens.

(Signé) Kenneth KEITH.