

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* GAJA

1. The Court's Judgment accepts the view that the jurisdictional immunity of a foreign State does not cover certain claims concerning reparation for torts committed in the forum State. However, the Court

“considers that customary international law continues to require that a State be accorded immunity in proceedings for torts allegedly committed on the territory of another State by its armed forces and other organs of State in the course of conducting an armed conflict” (para. 78).

This point is decisive for rejecting the applicability of the so-called “tort exception” in the case at hand. The Court consequently concludes that the Italian courts breached an international obligation when they asserted their jurisdiction over claims relating to wrongful acts committed by Germany in Italy during the Second World War.

The Court's argument is well built and includes a wide survey of relevant State practice. However, the scope of the “tort exception” deserves further analysis, also because this is an area where the law, according to several judicial decisions, is currently “developing”.

2. The “tort exception” has found expression in Article 12 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, according to which:

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.”

This codification Convention, which was adopted by the General Assembly in 2004, has so far been ratified by 13 States and is not yet in force. It would be in any event unwarranted to assume that all its substantive provisions correspond to rules of general international law. On

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* GAJA

[Traduction]

1. Dans le présent arrêt, la Cour admet que l'immunité de juridiction d'un Etat étranger ne s'étend pas à certaines demandes en réparation à raison d'actes dommageables commis sur le territoire de l'Etat du for. Cependant, elle

«estime que le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé» (par. 78).

Cet élément s'est révélé déterminant pour écarter l'applicabilité de l'«exception territoriale» en la présente espèce. La Cour en a en effet conclu que les tribunaux italiens avaient manqué à une obligation internationale en se déclarant compétents pour connaître de réclamations ayant trait à des actes illicites commis par l'Allemagne en Italie pendant la seconde guerre mondiale.

L'argumentation de la Cour est fort bien construite, et elle repose notamment sur une analyse détaillée de la pratique étatique pertinente. Le champ d'application de l'«exception territoriale» mérite néanmoins un examen plus approfondi, pour cette raison aussi qu'il s'agit d'un domaine dans lequel le droit est actuellement, ainsi que l'attestent plusieurs décisions judiciaires, «en développement».

2. L'«exception territoriale» a trouvé son expression à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, qui est ainsi libellé :

«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.»

Cette convention de codification, qui a été adoptée par l'Assemblée générale en 2004, a, à ce jour, été ratifiée par treize Etats et n'est pas encore entrée en vigueur. En tout état de cause, il serait infondé de considérer que l'ensemble des dispositions de fond qui y figurent correspondent

the other hand, many of its provisions cannot be regarded as fully innovative. This certainly applies to Article 12, which finds precedents in several provisions of municipal legislation which will be referred to later and, before these statutes were enacted, in Article 11 of the 1972 European Convention on State Immunity. The latter text reads as follows:

“A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.”

In the following paragraphs there will be only a few references to the European Convention, because it is clearly of limited significance for the purpose of ascertaining the existing rules of general international law on State immunity. It received only eight ratifications, all by States from a defined geographical area (Austria, Belgium, Cyprus, Germany, Luxembourg, Netherlands, Switzerland and United Kingdom). Moreover, it does not attempt to state general rules, but only considers the immunity of a Contracting State from the jurisdiction of other Contracting States.

3. The “tort exception” has also been expressed in statutes concerning the jurisdictional immunity of foreign States that nine States have enacted. Only one State (Pakistan) has not included the “tort exception” in its legislation on this subject.

Legislation is an important aspect of State practice. It is significant also when the object of a rule of international law is the conduct of judicial authorities, as with regard to the exercise of jurisdiction by courts. One may assume that only in exceptional circumstances will judicial authorities depart from what is required from them by the respective legislator. To my knowledge, no court of any of the States which enacted legislation incorporating the “tort exception” has raised any question of consistency between the relevant legislation and general international law.

The number of States in question may at first sight seem insufficient to represent the attitude of the generality of States, since most States have not adopted statutes on jurisdictional immunity and directly rely on general international law. However, it would be difficult to consider the legislative practice of ten States, which spans a period of more than 30 years, as insignificant for the purpose of ascertaining the current status of general international law. The criterion adopted by these States was not intended to codify a standard that all the States would be required to follow. On certain issues, the legislation of some States was arguably

à des règles de droit international général. A l'inverse, nombre d'entre elles ne sauraient être jugées tout à fait innovantes. Tel est assurément le cas de l'article 12, étant donné que des dispositions similaires avaient auparavant été énoncées dans plusieurs textes législatifs internes auxquels il sera fait référence ci-après et, avant même l'adoption de ces textes, à l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972. Cet article se lit comme suit :

«Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu.»

Dans les paragraphes ci-après, il sera fait assez peu référence à cet instrument, étant donné qu'il revêt, de toute évidence, une pertinence limitée aux fins de déterminer les règles existantes du droit international général en matière d'immunité de l'Etat. La convention européenne n'a en effet été ratifiée que par huit Etats, tous situés dans une zone géographique déterminée (l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse). De plus, elle n'a pas pour objet d'énoncer des règles générales, mais s'intéresse uniquement à l'immunité de juridiction d'un Etat contractant devant les tribunaux d'autres Etats contractants.

3. L'«exception territoriale» trouve également son expression dans les lois relatives à l'immunité de juridiction des Etats étrangers adoptées par neuf Etats. Seul un Etat (le Pakistan) n'a pas prévu d'«exception territoriale» dans sa législation en la matière.

La législation constitue un aspect important de la pratique étatique. Elle est également pertinente lorsqu'une règle de droit international a pour objet le comportement des autorités judiciaires, comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice par les juridictions de leur compétence. Il est en effet permis de supposer que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les autorités judiciaires s'écarteront des prescriptions du législateur. Or, à ma connaissance, aucun tribunal d'aucun des Etats qui ont adopté une législation prévoyant une «exception territoriale» n'a soulevé la moindre question de cohérence entre les lois pertinentes et le droit international général.

Le nombre des Etats en question peut, à première vue, sembler insuffisant pour être jugé représentatif de la conduite des Etats en général, puisque la plupart d'entre eux n'ont pas adopté de loi relative à l'immunité de juridiction et se fondent, en la matière, directement sur le droit international général. Il serait cependant difficile de considérer la pratique législative de dix Etats, qui s'étend sur une période de plus de trente ans, comme étant dépourvue de pertinence aux fins de déterminer l'état actuel du droit international général. Le critère adopté par lesdits Etats n'avait pas pour objet de codifier une norme à laquelle tous les Etats seraient

more favourable to immunity than general international law. This is certainly lawful, which would not be the case for a more restrictive approach. When asserting a "tort exception", the States concerned no doubt assumed that they were entitled to exercise their jurisdiction lawfully in applying the exception. Should their view be regarded as unfounded under general international law, all these States would incur international responsibility when applying the "tort exception". One would have expected some form of protest on the part of other States at the international level, since the legislation in question was well known and many States were likely to be affected. The silence kept by the majority of States cannot be interpreted as an implicit criticism of the lawfulness of resorting to the "tort exception".

4. In the nine States that have enacted legislation on jurisdictional immunity of foreign States including a "tort exception" this exception has a similar content. It may be appropriate to quote the texts of the pertinent provisions. I shall follow a chronological order.

According to Section 1605 (a) of the United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976:

"(a) A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case

-
- (5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign State or of any official or employee of that foreign State while acting within the scope of his office or employment; except that this paragraph shall not apply to
 - (A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or
 - (B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights."

Section 5 of the United Kingdom State Immunity Act 1978 runs as follows: "A foreign State is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to (a) death or personal injury; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom."

tenus de se conformer. Il est peut-être des points sur lesquels la législation de certains Etats était plus favorable à l'immunité que le droit international général, ce qui, de toute évidence, est licite, alors que tel ne serait pas le cas d'une approche plus restrictive. En inscrivant pareille «exception territoriale» dans leur législation, les Etats en question sont, à n'en pas douter, partis du principe qu'ils avaient le droit d'exercer leur pouvoir de juridiction en appliquant ladite exception. Si cette position devait être jugée infondée au regard du droit international général, tous ces Etats engageraient, ce faisant, leur responsabilité internationale. Aussi aurait-on pu s'attendre, sur le plan international, à une certaine forme de protestation de la part d'autres Etats, dès lors que la législation en question était bien connue et que nombre d'entre eux étaient susceptibles d'en être affectés. Le silence observé par la majorité des Etats à cet égard ne saurait être interprété comme une critique implicite de la licéité du recours à l'«exception territoriale».

4. Dans les neuf Etats qui ont adopté une législation relative à l'immunité de juridiction des Etats étrangers prévoyant une «exception territoriale», celle-ci a un contenu similaire. Il est sans doute utile de citer ici les dispositions en question, et je procéderai par ordre chronologique.

Le paragraphe *a)* de l'article 1605 du Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (loi des Etats-Unis sur l'immunité des Etats étrangers) dispose que

«*a)* l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité devant les juridictions des Etats-Unis d'Amérique ou des Etats dans tous les cas

.....

5. n'entrant pas dans les prévisions du paragraphe 2 ci-dessus, où une action en réparation est intentée contre un Etat étranger à raison de dommages corporels, d'un décès, de dommages matériels ou de pertes de biens survenus aux Etats-Unis et causés par un acte dommageable ou une omission de cet Etat étranger ou de tout représentant ou employé de celui-ci agissant dans le cadre de ses fonctions ou de son emploi; le présent paragraphe ne s'applique pas à :

- A. toute demande fondée sur l'exercice, ou le défaut d'exercice, de pouvoirs discrétionnaires, qu'il y ait eu ou non abus de pouvoir;
- B. toute demande résultant de poursuites abusives, d'un abus de procédure, d'une diffamation verbale ou écrite, d'une fausse déclaration, d'un dol ou d'une interférence avec des droits contractuels.»

L'article 5 du State Immunity Act de 1978 (loi du Royaume-Uni sur l'immunité des Etats) se lit comme suit: «L'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans toute procédure se rapportant à: *a)* un décès ou des dommages corporels; ou *b)* des dommages matériels ou pertes de biens causés par un acte ou une omission survenu au Royaume-Uni.»

Section 7 of Singapore's State Immunity Act is identical to this text, with only replacement of the words "the United Kingdom" with "Singapore".

Section 6 of South Africa's Foreign States Immunities Act declares that: "A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the Republic in proceedings relating to (a) the death or injury of any person; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the Republic."

According to Section 13 of Australia's Foreign States Immunities Act 1985: "A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns (a) the death of, or personal injury to, a person; or (b) loss of or damage to tangible property, caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia."

Section 6 of Canada's State Immunity Act reads as follows: "A foreign State is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to (a) any death or personal or bodily injury, or (b) any damage to or loss of property, that occurs in Canada."

In Argentina, Article 2 of Law No. 24,488 on jurisdictional immunity of foreign States provides that: "Foreign States may not invoke jurisdictional immunity in the following cases: . . . (e) where the foreign State is subject to a claim for losses or damages derived from crimes or offences committed in Argentina" ["(e) cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio"].

According to Section 5 of Israel's Foreign States Immunity Law No. 5769-2008: "A foreign State shall not have immunity from jurisdiction in an action in tort where personal injury or damage to tangible property has occurred, provided the tort was committed in Israel."

Finally, Article 10 of the Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, etc., provides that:

"In cases where the death of or injury to a person or the loss of or damage to a tangible object resulted from an act for which it is claimed a Foreign State, etc., should take responsibility, if all or part of said act took place in Japan and the person who performed said act was in Japan at the time it was committed, said Foreign State, etc., shall not be immune from jurisdiction with respect to judicial proceedings in which monetary compensation for the damage or loss resulting from said act is being sought."

Although the wording varies, all these texts contain a general statement which appears to cover claims for all the acts or omissions attributable to a foreign State that take place in the territory of the forum State and cause death or personal injury or damage to tangible property.

5. None of the legislative acts quoted in the previous paragraph restricts the applicability of the "tort exception" when the act or omission

L'article 7 du State Immunity Act de Singapour est libellé en des termes identiques, le mot «Singapour» figurant simplement en lieu et place du mot «Royaume-Uni».

L'article 6 du Foreign States Immunities Act (loi sur l'immunité des Etats étrangers) de l'Afrique du Sud prévoit que «[l']Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité dans une procédure se rapportant à: a) un décès ou des dommages corporels; ou b) des pertes de biens ou dommages matériels causés par un acte ou une omission survenu dans la République».

Aux termes de l'article 13 du Foreign States Immunities Act de 1985 de l'Australie, «[l']Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans une procédure se rapportant à: a) un décès ou des dommages corporels; ou b) des pertes de biens ou préjudices matériels causés par un acte ou une omission survenu en Australie».

L'article 6 du State Immunity Act du Canada est ainsi libellé: «L'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans toute procédure se rapportant à: a) tout décès ou dommage personnel ou corporel; ou b) tout dommage matériel ou toute perte de biens survenu au Canada.»

En Argentine, l'article 2 de la loi n° 24.488 relative à l'immunité de juridiction des Etats étrangers dispose que «[l']Etat étranger ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans les cas suivants: ... e) lorsqu'une action est engagée contre lui à raison de pertes ou de dommages résultant de délits ou de quasi-délits commis en Argentine» [«e) cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio»].

Aux termes de l'article 5 de la Foreign States Immunity Law n° 5769-2008 d'Israël, «[l']Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans une action en responsabilité se rapportant à des dommages corporels ou matériels, lorsque l'acte en cause a été commis en Israël».

Enfin, l'article 10 de la loi relative à la juridiction civile du Japon à l'égard des Etats étrangers, etc., dispose que:

«En cas de décès ou de dommages corporels, de pertes de biens ou de dommages matériels résultant d'un acte dont il est allégué qu'un Etat étranger, etc., porte la responsabilité, et si ledit acte a été commis en tout ou partie au Japon alors que son auteur se trouvait au Japon, l'Etat étranger, etc., ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction à l'égard des actions en réparation à raison des dommages ou pertes résultant dudit acte.»

Quoique leur libellé varie, l'ensemble de ces textes énoncent une règle générale, qui semble s'appliquer aux réclamations portant sur tous les actes ou omissions attribuables à un Etat étranger ayant lieu sur le territoire de l'Etat du for et entraînant la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel.

5. Aucun des textes législatifs précités ne restreint l'applicabilité de l'«exception territoriale» dans le cas où l'acte ou l'omission de l'Etat

of the foreign State is taken within an activity which may be described *jure imperii* because it occurs in the exercise of a sovereign power by the foreign State.

The commentary of the International Law Commission (ILC) on draft Article 12, which later became without change Article 12 of the 2004 UN Convention, noted that “[t]he areas of damage envisaged in Article 12 are mainly concerned with accidental death or physical injuries to persons or damage to tangible property involved in traffic accidents”, but that “the scope of Article 12 is wide enough to cover also intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination”. The ILC commentary also noted that, while “the case law of some States” maintained the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, the “tort exception” in Article 12 “makes no such distinction” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 45). According to the commentary:

“The *locus delicti commissi* offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether *jure imperii* or *jure gestionis*.”

There is nothing in the text of the UN Convention or in the preparatory work that suggests that the “tort exception” should not apply when the foreign State acts *jure imperii*.

On the basis of the ILC commentary, the Italian *Corte di Cassazione* stressed in *Ferrini* that, according to Article 12 of the ILC draft Articles,

“the distinction between acts performed *jure imperii* and acts carried out *jure gestionis* assumes no relevance in respect of damages claims arising from ‘assaults on the physical integrity of a person’ or from loss or damage of a ‘bodily’ nature” (judgment No. 5044 of 11 March 2004, English translation in *International Law Reports (ILR)*, Vol. 128, p. 672).

The Supreme Court of Canada in *Schreiber v. Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada* agreed that the “tort exception” also covered acts *jure imperii*, adding the observation that if one restricted the exception in this regard, one “would deprive the victims of the worst breaches of basic rights of any possibility of redress in national courts” ([2002] *Supreme Court Reports*, Vol. 3, p. 269, para. 37).

A different view was expressed by the Supreme Court of Ireland in *McElhinney v. Williams* when Chief Justice Hamilton held that, even if

étranger survient dans le cadre d'une activité pouvant être considérée comme étant *jure imperii* parce qu'elle relève de l'exercice, par cet Etat, d'un pouvoir souverain.

Dans son commentaire relatif au projet d'article 12 — qui allait devenir, sans modification, l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 —, la Commission du droit international (CDI) a précisé que «[l]es dommages envisagés à l'article 12 concern[ai]ent essentiellement le décès accidentel ou les dommages corporels ou matériels causés par des accidents de la circulation», mais que «la portée de l'article 12 [était] assez large pour englober aussi les dommages intentionnels comme les coups et blessures, les dommages intentionnels aux biens, l'incendie criminel, voire l'homicide ou l'assassinat politique». Dans ce même commentaire, la CDI a aussi relevé que, bien que la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* prévale encore dans la «jurisprudence de quelques Etats», «il n'[était] pas établi de distinction de cette nature» dans l'«exception territoriale» énoncée à l'article 12 (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 45). Et la CDI de préciser ce qui suit :

«Le *locus delicti commissi* offre un lien territorial solide, quelle qu'ait été la motivation de l'acte ou de l'omission, qu'il ait été intentionnel ou même criminel ou qu'il ait été accidentel ou dû à la négligence, à l'inadvertance ou à l'imprudence, et que les activités en cause relèvent des *acta jure imperii* ou des *acta jure gestionis*.»

Rien dans le texte de la convention des Nations Unies ou dans les travaux préparatoires de cet instrument ne donne à penser que l'«exception territoriale» ne devrait pas s'appliquer lorsque l'Etat étranger agit *jure imperii*.

C'est en se fondant sur le commentaire de la CDI que la Cour de cassation italienne a, dans son arrêt *Ferrini*, souligné que, conformément à l'article 12 des projets d'articles de la CDI,

«la distinction entre les actes accomplis *jure imperii* et les actes accomplis *jure gestionis* [était] dépourvue de pertinence à l'égard des demandes en réparation résultant d'«atteintes à l'intégrité physique d'une personne» ou de pertes ou de dommages de nature «corporelle»» (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004; *International Law Reports (ILR)*, vol. 128, p. 672).

Quant à la Cour suprême du Canada, elle est convenue, dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Schreiber c. la République fédérale d'Allemagne et le procureur général du Canada*, que l'«exception territoriale» valait également pour les actes *jure imperii*, ajoutant que, si l'on restreignait ladite exception dans le cas de pareils actes, cela «priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux» (*Recueil de la Cour suprême*, 2002, vol. 3, p. 269, par. 37).

En l'affaire *McElhinney c. Williams*, la Cour suprême d'Irlande a en revanche, par la voix du Chief Justice Hamilton, estimé que, même si

the tortious act of a British soldier had occurred in the forum State, immunity had to be granted to the foreign State “when such act or omission is committed *jure imperii*” (*ILR*, Vol. 104, p. 703). Ireland has not enacted legislation on jurisdictional immunity, nor is it a party to the European Convention on State Immunity. An application to the European Court of Human Rights was later made by Mr. McElhinney against Ireland. This court said that the “tort exception” corresponded to a “trend in international and comparative law”, but that:

“the trend may primarily refer to ‘insurable’ personal injury, that is incidents arising out of ordinary road traffic accidents, rather than matters relating to the core area of State sovereignty such as the acts of a soldier on foreign territory which, of their very nature, may involve sensitive issues affecting diplomatic relations between States and national security. Certainly, it cannot be said that Ireland is alone in holding that immunity attaches to suits in respect of such torts committed by *acta jure imperii* or that, in affording this immunity, Ireland falls outside any currently accepted international standards.” (*ILR*, Vol. 123, p. 85, para. 38.)

It is to be noted that the question before the European court in *McElhinney v. Ireland* was not whether the respondent State had an obligation to grant jurisdictional immunity to the United Kingdom, but whether Ireland was in breach of an obligation under Article 6 of the European Convention on Human Rights by denying the applicant access to justice. The majority of the court did not endorse the idea that States were required to apply a “tort exception”. It found that, “given the present state of the development of international law” on jurisdictional immunity, there was no breach by Ireland of an obligation to exercise jurisdiction. However, the court did not go as far as to say that, had the Irish courts hypothetically entertained the claim, Ireland would have been in breach of its obligations under international law with regard to jurisdictional immunity.

6. The European Convention on State Immunity contains various clauses which restrict the scope of the Convention. What is relevant for our purposes is Article 31, which runs as follows:

“Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.”

The ILC draft Articles do not contain a similar clause. However, the ILC commentary on draft Article 12 observes that this provision does not “apply to situations involving armed conflicts” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 46). No explanation is given, nor is there an indication of the intended consequences of the fact

l'acte dommageable d'un soldat britannique s'était produit dans l'Etat du for, l'Etat étranger devait bénéficier de l'immunité «lorsque ledit acte ou ladite omission surviennent *jure imperii*» (*ILR*, vol. 104, p. 703). L'Irlande n'a pas adopté de loi relative à l'immunité de juridiction, et elle n'est pas partie à la convention européenne sur l'immunité des Etats. M. McElhinney a, par la suite, déposé une requête contre cet Etat devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ladite juridiction a jugé que l'«exception territoriale» correspondait «en droit international et comparé [à] une tendance», mais que

«cette tendance para[issait] concerner essentiellement les dommages corporels «assurables», c'est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des Etats, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un Etat étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre Etats et à la sécurité nationale. On ne peut assurément pas dire que l'Irlande soit seule à estimer que l'immunité s'applique en cas d'actions pour des dommages ainsi causés par des *acta jure imperii* ou que, en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises.» (*ILR*, vol. 123, p. 85, par. 38.)

Il convient de noter que la question qui se posait à la Cour européenne dans cette affaire n'était pas de savoir si l'Etat défendeur avait l'obligation d'accorder l'immunité de juridiction au Royaume-Uni, mais si l'Irlande avait manqué à une obligation énoncée à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme en refusant au demandeur l'accès à la justice. La majorité n'a pas souscrit à l'idée selon laquelle les Etats étaient tenus d'appliquer une «exception territoriale». Elle a conclu que, «dans l'état actuel du droit international» relatif à l'immunité de juridiction, l'Irlande n'avait pas manqué à une obligation d'exercer son pouvoir de juridiction. La Cour européenne n'est cependant pas allée jusqu'à dire que, si les tribunaux irlandais avaient accepté d'examiner la demande en question, l'Irlande aurait manqué aux obligations que le droit international lui impose en matière d'immunité de juridiction.

6. La convention européenne sur l'immunité des Etats contient différentes clauses qui en limitent la portée. La disposition pertinente aux fins présentes est l'article 31, qui se lit comme suit :

«Aucune disposition de la présente convention ne porte atteinte aux immunités et privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant.»

Aucune clause similaire ne figure dans le projet d'articles de la CDI. Dans son commentaire relatif au projet d'article 12, celle-ci indique néanmoins que cette disposition ne s'«applique pas ... à des situations liées à des conflits armés» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 48). Aucune explication n'est donnée, et il n'est pas

that draft Article 12 does not apply. It is not clear in particular whether “situations involving armed conflicts” are considered to be outside the scope of the UN Convention or whether another rule set forth in the Convention becomes applicable.

The exclusion suggested in the ILC commentary has not found its way either into the text of the UN Convention or into the understandings which represent an annex to the Convention. Nor is there anything on this matter in the report presented to the General Assembly by the *Ad Hoc* Committee which recommended the adoption of the Convention (A/59/22). However, when introducing this report to the Sixth Committee, the Chairman of the *Ad Hoc* Committee, Mr. Gerhard Hafner, made, among others, the following statement: “[o]ne of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention. The general understanding had always prevailed that they were not”. He then referred to the exclusion of “situations involving armed conflicts” suggested by the ILC in its commentary (A/C.6/59/SR.13, para. 36), which is a narrower subject than “military activities”. The Chairman of the *Ad Hoc* Committee expressed the opinion that this matter was not regulated by the UN Convention. The legal significance of this statement is not altogether clear. GA resolution 59/38, which adopted the Convention, said in its last preambular paragraph: “Taking into account the statement of the Chairman of the *Ad Hoc* Committee introducing the report of the *Ad Hoc* Committee.” This paragraph also does not entirely clarify matters.

Norway and Sweden, when ratifying the UN Convention, declared that they understood the Convention not to apply to “military activities”. These two States shared Mr. Hafner’s view that “military activities” are not covered by the UN Convention. These interpretative declarations support the idea that “military activities” are not regulated by the UN Convention, but do not provide a solution binding all the contracting States.

7. None of the legislative acts referred to above in paragraph 3 contains a general exclusion concerning claims relating to “situations involving armed conflicts” or to “military activities”. There are, however, some provisions concerning these matters.

Section 16 (2) of the United Kingdom State Immunity Act 1978 states:

“This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act 1952.”

Section 19 (2) (a) of Singapore’s State Immunity Act is similarly worded. These provisions appear concerned with claims that may be

non plus précisé quelles conséquences est censé avoir le fait que ladite disposition ne s'applique pas. En particulier, le point de savoir si les «situations liées à des conflits armés» sont considérées comme étant en dehors du champ d'application de la convention des Nations Unies ou si une autre règle énoncée dans cet instrument devient applicable n'est pas clair.

L'exclusion ainsi avancée dans le commentaire de la CDI n'a trouvé son expression ni dans le texte de la convention elle-même ni dans les points convenus qui figurent en annexe de cet instrument. En outre, aucune précision à cet égard n'est donnée dans le rapport présenté à l'Assemblée générale par le comité spécial qui a recommandé l'adoption de la convention (A/59/22). Toutefois, en introduisant ledit rapport devant la Sixième Commission, le président du comité spécial, M. Gerhard Hafner, a notamment indiqué ce qui suit: «[s]e pose la question de savoir si la Convention couvre les activités militaires. Il a toujours été entendu que les activités militaires n'entreraient pas dans le champ de la Convention.» M. Hafner a ensuite fait référence à l'exclusion des «situations liées à des conflits armés» avancée par la CDI dans son commentaire (A/C.6/59/SR.13, par. 36) — expression qui est plus restrictive que celle d'«activités militaires» —, ajoutant que, selon lui, cette question n'était pas régie par la convention. La portée juridique de cette déclaration n'est cependant pas tout à fait claire. A cet égard, le dernier alinéa du préambule de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, par laquelle la convention a été adoptée, est ainsi libellé: «Prenant en considération la déclaration faite par le Président du Comité spécial lorsqu'il a présenté le rapport du Comité.» Cela ne clarifie pas non plus entièrement les choses.

La Norvège et la Suède, lorsqu'elles ont ratifié la convention des Nations Unies, ont précisé que, selon elles, cet instrument ne s'appliquait pas aux «activités militaires». Ces deux Etats partageaient donc les vues de M. Hafner selon lesquelles les «activités militaires» ne sont pas couvertes par la convention. Quoique ces déclarations interprétatives étayent l'idée selon laquelle pareilles activités ne sont pas régies par cet instrument, elles ne s'imposent pas à tous les Etats contractants.

7. Aucune des lois auxquelles il a été fait référence au paragraphe 3 ci-dessus ne contient d'exclusion générale visant les réclamations relatives à des «situations liées à des conflits armés». Ces questions sont cependant traitées dans certains de ces textes.

Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 16 du State Immunity Act du Royaume-Uni de 1978 est ainsi libellé:

«Cette partie de la présente loi ne s'applique pas aux procédures ayant trait à un quelconque acte des forces armées d'un Etat pendant leur présence au Royaume-Uni ou en relation avec ces forces; en particulier, son effet est subordonné au Visiting Forces Act [loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire du Royaume-Uni avec le consentement de celui-ci] de 1952.»

L'alinéa *a*) du paragraphe 2 de l'article 19 du State Immunity Act de Singapour est libellé en des termes semblables. Ces dispositions paraissent

brought against a State whose forces are present on the territory of the forum State with its consent. Special rules would apply to these claims. Section 22 of the Israeli Foreign States Immunities Law is more explicit on this point:

“Notwithstanding the provisions of this statute, legal actions based on any act or omission committed by foreign military forces whose rights and status in Israel were determined by agreement between the State of Israel and the State to which the foreign military forces belong shall be governed by that agreement.”

Also Section 6 of Australia’s Foreign States Immunities Act 1985, which excludes immunities or privileges “by or under ... the Defence (Visiting Forces) Act 1963”, and Section 16 of Canada’s State Immunity Act, which mentions “the Visiting Forces Act”, only refer to forces stationed on the territory of the forum State with the consent of the latter.

None of these texts specifically considers the “tort exception”. They all relate more generally to the legislation concerning immunities of foreign States. In any event, the implication of these texts is that claims relating to armed activities that are not covered by the exclusion clauses come within the rules on immunity expressed in the statute, including the “tort exception”.

8. The courts of several States considered the jurisdictional immunity of Germany in relation to acts of its armed forces during World War II.

In *Ferrini* the Italian *Corte di Cassazione* based its main argument against immunity on a different basis but also gave weight to the fact that the wrongful act, consisting of the deportation of an Italian national to Germany where he underwent forced labour, “was commenced in the country in which the legal proceedings have since been brought” (judgment No. 5044 of 11 March 2004, English translation in *ILR*, Vol. 128, pp. 670-671). In a group of later decisions the same court denied immunity “also in view of the fact that the wrongful act had occurred also in Italy” (thus, for example, order No. 14209 of 29 May 2008; *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 91 (2008), p. 900).

The French *Cour de cassation* recognized on the contrary Germany’s immunity in *Bucheron* (16 December 2003, case 02-45961) and later in *Grosz* (3 January 2006, case 04-47504). Both decisions concerned the deportation and subjection of French citizens to forced labour in Germany. The *Cour de cassation* based its argument on the *jure imperii* character of the act, without considering the possibility of applying a “tort exception”.

viser des actions qui peuvent être engagées contre un Etat dont les forces sont présentes sur le territoire de l'Etat du for avec le consentement de celui-ci, actions qui seraient régies par des règles spéciales. L'article 22 de la Foreign States Immunity Law d'Israël est plus explicite sur ce point :

« Nonobstant les dispositions de la présente loi, les actions judiciaires fondées sur tout acte ou toute omission de forces militaires étrangères dont les droits et le statut en Israël ont fait l'objet d'un accord entre l'Etat d'Israël et l'Etat auquel appartiennent ces forces sont régies par ledit accord. »

L'article 6 du Foreign States Immunities Act de 1985 de l'Australie, qui exclut les immunités ou privilèges « prévus par le ... Defence (Visiting Forces) Act [loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire de l'Australie avec le consentement de celle-ci] de 1963, ou en application de celui-ci », ainsi que l'article 16 du State Immunity Act du Canada, qui mentionne la loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire du Canada avec le consentement celui-ci, ne font, eux aussi, référence qu'aux forces stationnées sur le territoire de l'Etat du for avec le consentement de celui-ci.

Aucun de ces textes ne porte spécifiquement sur l'« exception territoriale » ; ils ont tous plus généralement trait à la législation relative aux immunités des Etats étrangers. En tout état de cause, il découle des textes en question que les réclamations relatives aux activités armées qui ne tombent pas sous le coup des clauses d'exclusion relèvent des règles régissant l'immunité énoncées dans la loi, y compris l'« exception territoriale ».

8. La question de l'immunité de juridiction de l'Allemagne relative aux actes commis par ses forces armées pendant la seconde guerre mondiale a été examinée par les tribunaux de plusieurs Etats.

En l'affaire *Ferrini*, si la Cour de cassation italienne a fondé son principal argument contre l'immunité sur une base différente, elle a aussi tenu compte de ce que l'acte illicite en cause, à savoir la déportation d'un national italien vers l'Allemagne où il a été soumis au travail forcé, « a[vait] trouvé son origine dans le pays dans lequel l'action judiciaire a, entre-temps, été intentée » (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004 ; *ILR*, vol. 128, p. 670-671). Dans une série de décisions ultérieures, la même juridiction a refusé d'accorder l'immunité à l'Allemagne « étant donné, en outre, que l'acte illicite s'était également produit en Italie » (voir, par exemple, l'ordonnance n° 14209 du 29 mai 2008 ; *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91 (2008), p. 900).

La Cour de cassation française a, en revanche, fait droit à l'immunité de l'Allemagne dans les affaires *Bucheron* (pourvoi n° 02-45961, 16 décembre 2003), puis *Grosz* (pourvoi n° 04-47504, 3 janvier 2006). Ces deux décisions avaient trait à la déportation de citoyens français et au fait qu'ils avaient été soumis au travail forcé en Allemagne. La Cour de cassation s'est fondée sur le caractère *jure imperii* de l'acte en cause, sans envisager la possibilité d'appliquer une « exception territoriale ».

Greek courts were divided on the issue. The Greek *Areios Pagos* found in the *Distomo* case (judgment of 4 May 2000; English translation in *ILR*, Vol. 129, p. 519) that a rule of international customary law:

“requires, by way of exception from the principle of immunity, that national courts may exercise international jurisdiction over claims for damages in relation to torts committed against persons and property on the territory of the forum State by organs of a foreign State present on that territory at the time of the commission of these torts even if they resulted from acts of sovereign power (*acta jure imperii*)”.

The majority held that this would also apply to “damages arising [from military action] in situations of armed conflict” when “the offences for which compensation is sought (especially crimes against humanity) did not target civilians generally, but specific individuals in a given place who were neither directly nor indirectly connected with the military operations”.

Two years later in *Margellos*, the Greek Special Supreme Court, *Anotato Eidiko Dikastirio* (judgment of 17 September 2002; English translation in *ILR*, Vol. 129, p. 525) came (albeit by a 6 to 5 majority) to the almost opposite conclusion that the “tort exception” does not apply to activities of a foreign State’s military force:

“in the present state of development of international law, there is no generally accepted rule which, as an exception to the rule of sovereign immunity, would allow proceedings to be brought against a foreign State before the courts of another State, relating to a claim for compensation for a tort committed in the forum State in which the armed forces of the defendant State participated — in whatever manner and whether in time of war or peace” (*ibid.*, p. 532).

A similar approach was taken by the Polish Supreme Court in *Natoniewski* (judgment of 29 October 2010; English translation in *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX (2010), p. 299). The court reached the conclusion that:

“there are insufficient grounds for recognizing an exception to State immunity in cases concerning redress for breaches of human rights occasioned by unlawful acts committed in the territory of the forum State which come within the category of armed activities”.

Some further decisions that recognized immunity of a foreign State for military activity on the territory of the forum State will be referred to in paragraph 11.

9. The analysis of State practice concerning the “tort exception” in general and injuries caused by military activities more specifically shows

Les tribunaux grecs se sont, quant à eux, montrés divisés sur la question. L'*Areios Pagos* a ainsi, en l'affaire *Distomo* (arrêt du 4 mai 2000; *ILR*, vol. 129, p. 519), jugé qu'une règle de droit international coutumier

«requ[érait], à titre d'exception au principe de l'immunité, que les tribunaux nationaux puissent exercer une compétence internationale à l'égard de demandes en réparation relatives à des préjudices causés à des personnes et des biens sur le territoire de l'État du for par des organes d'un État étranger présents sur ce territoire au moment où ces préjudices ont été causés, même si ceux-ci résultaient d'actes de puissance souveraine (*acta jure imperii*)».

La majorité a jugé que cela vaudrait également pour les «préjudices résultant [d'une action militaire menée dans] de[s] situations de conflits armés», lorsque «les actes illicites à raison desquels la réparation est demandée (en particulier les crimes contre l'humanité) ne visaient pas les civils en général, mais des personnes particulières se trouvant dans un lieu donné et n'ayant pas de lien direct ou indirect avec les opérations militaires».

Deux ans plus tard, dans l'affaire *Margellos*, le Tribunal supérieur spécial grec, *Anotato Eidiko Dikastirio* (arrêt du 17 septembre 2002; *ILR*, vol. 129, p. 525), est parvenu (quoique à une majorité de six voix contre cinq) à la conclusion presque inverse, selon laquelle l'«exception territoriale» ne s'applique pas aux activités des forces militaires d'un État étranger :

«en l'état actuel du droit international, il n'existe pas de règle généralement acceptée qui, à titre d'exception à la règle de l'immunité souveraine, autoriserait qu'une action soit engagée contre un État étranger devant les tribunaux d'un autre État relativement à une demande en réparation d'un acte dommageable commis dans l'État du for auquel les forces armées de l'État défendeur ont participé de quelque manière que ce soit, en temps de guerre ou en temps de paix» (*ibid.*, p. 532).

La Cour suprême de Pologne a, en l'affaire *Natoniewski* (arrêt du 29 octobre 2010; *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX (2010), p. 299), suivi une approche similaire. Elle a en effet conclu que

«les motifs [étaient] insuffisants pour que soit reconnue une exception à l'immunité de l'État dans des affaires concernant la réparation de violations des droits de l'homme résultant d'actes illicites commis sur le territoire de l'État du for et entrant dans la catégorie des activités des forces armées».

D'autres décisions dans lesquelles il a été fait droit à l'immunité d'un État étranger relativement à des activités militaires menées sur le territoire de l'État du for seront mentionnées au paragraphe 11 ci-après.

9. Il ressort de l'analyse de la pratique étatique relative à l'«exception territoriale» en général et, plus particulièrement, en ce qui concerne les

that State authorities have taken a variety of approaches. One can apply to the issue of State immunity under consideration the introductory remark made by the ILC in its commentary, that there is a “grey area in which opinions and existing case law and, indeed, legislation still vary” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 23). In this “grey area” States may take different positions without necessarily departing from what is required by general international law.

The rationale of the suggested restriction to the “tort exception” concerning military activities is not clear. First of all, the conduct of all State organs is equally attributed to the State, as expressed in Article 4 of the ILC Articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts. Why should a distinction be made between military and other organs of the same State? Moreover, when the forum State gives its consent to the presence on its territory of foreign troops, a specific, and more favourable, régime of immunities is understandable. This will normally be established by an agreement between the States concerned. It is more difficult to understand why there should be a favourable régime for a hostile State that would prevail over the sovereign right of the territorial State to exercise its jurisdiction concerning conduct taking place on its territory.

The fact that military activities may cause injuries on a large scale does not seem a good reason for depriving the many potential claimants of their judicial remedy. It may be that in practice this remedy will not be effective, but this applies more generally to all claims brought against foreign States given the difficulty for a successful claimant of enforcing any judgment that may be obtained.

10. One factor that could contribute to justifying a restrictive approach to State immunity when applying the “tort exception” is the nature of the obligation for the breach of which a claim to reparation is brought against a foreign State. This may be an obligation only covered by municipal law; it may also be the breach of an obligation under international law and, in the latter case, of an obligation under a peremptory norm, which can reasonably be evoked at least with regard to the massacres of civilians.

What is in fact in question is not the exercise of jurisdiction for preventing the breach of an obligation under a peremptory norm or for obtaining the cessation of the breach, but a judicial remedy for the reparation of the injury caused by the alleged breach. It would be difficult to maintain that the obligation to provide reparation of a breach of an obligation under *jus cogens* is also set forth by a peremptory norm.

dommages causés par des activités militaires que les autorités étatiques ont suivi des approches différentes. A la question de l'immunité de l'Etat à l'examen peut donc être appliquée l'observation introductive formulée par la CDI dans son commentaire, selon laquelle il existe «une zone d'incertitude où les opinions et jurisprudences, voire les législations, varient» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 23). Dans cette «zone d'incertitude», les Etats peuvent adopter des positions différentes sans nécessairement s'écarter des prescriptions du droit international général.

La logique qui sous-tend la restriction de l'«exception territoriale» telle qu'avancée en matière d'activités militaires n'est pas claire. En premier lieu, ainsi qu'il ressort de l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, le comportement de tous les organes étatiques est également attribué à l'Etat. Dès lors, pourquoi une distinction devrait-elle être établie entre les organes militaires et les autres organes du même Etat? En second lieu, lorsque l'Etat du for consent à la présence de soldats étrangers sur son territoire, un régime d'immunité particulier — plus favorable — est compréhensible. Ce régime fait normalement l'objet d'un accord entre les Etats concernés. En revanche, il est plus difficile de comprendre pourquoi un Etat hostile devrait bénéficier d'un régime favorable, qui l'emporterait sur le droit souverain de l'Etat du for d'exercer son pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement qui a lieu sur son territoire.

Le fait que les activités militaires peuvent causer des dommages à grande échelle ne semble pas être une raison valable pour priver les nombreux requérants potentiels de voie de recours judiciaire. Certes, pareille voie de recours peut, en pratique, se révéler inefficace, mais il en va ainsi de toutes les réclamations formulées contre des Etats étrangers, compte tenu de la difficulté pour un requérant ayant obtenu gain de cause de faire exécuter la décision en question.

10. Un facteur pouvant contribuer à justifier une approche restrictive de l'immunité des Etats dans le cadre de l'application de l'«exception territoriale» réside dans la nature de l'obligation dont l'inobservation fait l'objet de la demande de réparation formulée contre l'Etat étranger. Il peut s'agir d'une obligation au regard du seul droit interne; il peut aussi s'agir du manquement à une obligation relevant du droit international et, dans cette hypothèse, d'une obligation découlant d'une norme impérative, ce qui peut raisonnablement être souligné au moins en ce qui concerne les massacres de civils.

En réalité, ce qui est en cause, ce n'est pas l'exercice d'un pouvoir de juridiction aux fins de prévenir l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative ou de faire en sorte qu'il soit mis fin à cette inobservation, c'est l'existence d'une voie de recours judiciaire en vue de réparer le dommage causé par l'inobservation alléguée. A cet égard, il serait difficile de soutenir que l'obligation de réparer un manquement à une obligation relevant du *ius cogens* est également énoncée par une norme impérative.

Thus, for example, while Article 91 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 considers that “[a] Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation”, the commentary by the International Committee of the Red Cross observes that “[o]n the conclusion of a peace treaty, the Parties can in principle deal with the problems relating to war damage in general and those relating to the responsibility for starting the war, as they see fit” (C. Pilloud, J. de Preux, Y. Sandoz, B. Zimmermann, P. Eberlin, H.-P. Gasser and C. F. Wenger, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, p. 1055).

While the obligation of reparation can hardly be viewed as an obligation under a peremptory norm, the fact that the alleged breach concerns an obligation of *jus cogens* may have some relevant consequences. Article 41 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts lists some consequences of a serious breach by a State of an obligation under a peremptory norm of general international law that are additional to those following from an ordinary wrongful act. Paragraphs 1 and 2 enumerate some specific consequences and paragraph 3 refers to “further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law”. While the issue of jurisdictional immunity has not been mentioned either in the text of the article or in the related commentary, a restriction of immunity could well be regarded as an appropriate consequence which would strengthen the effectiveness of compliance with the obligation to make reparation. This would contribute to removing doubts about the lawfulness for a State of exercising its jurisdiction in the “grey area” of injury caused by military activity of a foreign State on the territory of the forum State. In other words, even if immunity covered in general claims regarding damages caused by military activities in the territory of the forum State, it would not extend to claims relating to massacres of civilians or torture in the same territory.

11. It would be more difficult to infer from the nature of the breach a restriction of the jurisdictional immunity of foreign States that would cover injuries caused by a foreign State wherever they occur.

This conclusion was suggested by a minority opinion in the European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom* and by the Italian *Corte di Cassazione* in a number of judgments, especially those in *Ferrini* (judgment No. 5044 of 11 March 2004; English translation in *ILR*, Vol. 128, pp. 668-669) and in *Milde* (judgment No. 1072 of 13 January 2009). Also a decision by the French *Cour de cassation* in *La Réunion*

Ainsi, par exemple, alors que l'article 91 du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 prévoit que «[l]a Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu», le Comité international de la Croix-Rouge précise, dans son commentaire, que, «[à] la conclusion d'un traité de paix, les Parties peuvent en principe régler à leur guise les problèmes relatifs aux dommages de guerre en général et aux responsabilités quant au déclenchement du conflit» (C. Pilloud, J. de Preux, Y. Sandoz, B. Zimmermann, P. Eberlin, H.-P. Gasser et C. F. Wenger, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, 1987, p. 1055).

Quoique l'obligation de réparation elle-même puisse difficilement être considérée comme découlant d'une norme impérative, le fait que l'inobservation alléguée ait trait à une obligation relevant du *jus cogens* peut toutefois avoir certaines conséquences pertinentes. A l'article 41 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite sont ainsi énumérées certaines conséquences d'un manquement grave par un Etat à une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général, conséquences qui viennent s'ajouter à celles qui résultent d'un fait illicite ordinaire; aux paragraphes 1 et 2 de cet article sont énoncées certaines conséquences particulières, le paragraphe 3 mentionnant en outre «toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre». Bien que la question de l'immunité de juridiction n'ait été mentionnée ni dans le texte de l'article en question ni dans le commentaire y relatif, une restriction de l'immunité pourrait fort bien être considérée comme une conséquence appropriée, l'obligation de réparation venant ainsi renforcer la nécessité de respecter l'obligation en cause. Cela contribuerait à dissiper tout doute concernant la licéité, pour un Etat, d'exercer son pouvoir de juridiction dans la «zone d'incertitude» que constituent les dommages causés par des activités militaires menées par un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for. Autrement dit, quand bien même l'immunité s'appliquerait en règle générale aux réclamations portant sur des dommages causés par des activités militaires menées sur le territoire de l'Etat du for, elle ne s'étendrait pas à celles qui ont trait à des massacres de civils ou à des actes de torture commis sur ce même territoire.

11. Il serait en revanche plus difficile de déduire de la nature de la violation en cause une restriction de l'immunité de juridiction des Etats étrangers couvrant les dommages causés par ces Etats quel que soit le lieu où ils se sont produits.

Pareille conclusion a été préconisée par une minorité de juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et par la Cour de cassation italienne dans un certain nombre d'arrêts, notamment ceux rendus dans les affaires *Ferrini* (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004; *ILR*, vol. 128, p. 668-669) et *Milde* (arrêt n° 1072 du 13 janvier 2009). En l'affaire *Réunion aérienne c. Jamahiriya arabe libyenne*

aérienne v. Libyan Arab Jamahiriya (case No. 09-14743 of 9 March 2011) pointed to the existence of a restriction of immunity when a claim concerns reparation of the breach of an obligation under *jus cogens*, provided that the breach consists in a positive conduct of the foreign State.

The European Convention on State Immunity and the UN Convention do not lend support to this view, because they do not establish any exception to immunity which is based on the nature of the obligation breached by the foreign State.

In 1999 the denial of jurisdictional immunity with regard to claims “in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of *jus cogens*” was considered by an ILC working group chaired by Mr. Hafner as a “recent development” which the working group took the initiative of highlighting, suggesting to the General Assembly that it “should not be ignored” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1999, Vol. II, Part Two, p. 172). The report of the Chairman of the GA Working Group (again Mr. Hafner) found that it did not “seem advisable to include this matter among the issues to be covered by the forthcoming considerations on the topic” (A/C.6/54/L.12, p. 9, para. 67). This cannot be taken as a total rejection of the suggested exception.

It is to be noted that the ILC working group had referred only to two decisions restricting State immunity, both based on the United States Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996. This had amended the Foreign Sovereign Immunity Act in order to restrict immunity of foreign States with regard to claims for damages caused by acts of torture, extrajudicial killings and some other acts wherever committed, but only if these acts had been committed by a foreign State designated by the Secretary of State as a State sponsor of terrorism and if the claimant or victim was a national of the United States. Given these conditions, the United States Act is not indicative of the existence of a possible exception to immunity based on the nature of the obligation under international law which is at the origin of the claim.

What appears more significant for that issue is that none of the legislative acts referred to above in paragraph 3 contains any reference to a similar exception.

The matter was thoroughly debated in the European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom*. By a majority of nine votes to eight, the court stated that it did not

“find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of

(pourvoi n° 09-14743, 9 mars 2011), la Cour de cassation française a, elle aussi, laissé entrevoir l'existence d'une telle restriction de l'immunité dans le cas d'une demande en réparation ayant trait à l'inobservation d'une obligation relevant du *jus cogens*, à condition que cette inobservation ait pris la forme d'un comportement positif de la part de l'Etat étranger.

La convention européenne sur l'immunité des Etats et la convention des Nations Unies n'étaient cependant pas cette thèse, puisqu'elles n'établissent aucune exception à l'immunité fondée sur la nature de l'obligation à laquelle a manqué l'Etat étranger.

Le refus d'accorder l'immunité de juridiction à l'égard de réclamations portant sur des «décès ou dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*» a, en 1999, été qualifié de «fait récent» par un groupe de travail de la CDI présidé par M. Hafner, fait que ce groupe de travail a pris l'initiative de souligner, précisant à l'Assemblée générale qu'il ne «devrait pas être négligé» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 172). Même si, dans son rapport, le président du groupe de travail de l'Assemblée générale (M. Hafner, là encore) a estimé qu'«il ne semblait pas opportun de faire figurer cette question parmi les points à examiner ultérieurement» (A/C.6/54/L.12, p. 10, par. 67), cela ne saurait être considéré comme un rejet total de l'exception ainsi avancée.

A cet égard, il convient de relever que le groupe de travail de la CDI ne s'était référé qu'à deux décisions restreignant l'immunité de l'Etat, l'une et l'autre étant fondées sur l'Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act adopté aux Etats-Unis d'Amérique en 1996. Ce texte avait modifié le Foreign Sovereign Immunities Act en restreignant l'immunité des Etats étrangers à l'égard de demandes de réparation à raison de préjudices causés par des actes de torture, exécutions extrajudiciaires et certains autres actes, quel que soit le lieu où ils ont été commis; toutefois, seuls étaient visés les actes commis par un Etat étranger désigné par le Secrétaire d'Etat comme Etat terroriste et les cas où le requérant ou la victime était un national des Etats-Unis. Au vu de ces conditions, la loi en question ne semble pas donner à penser qu'il pourrait exister une telle exception à l'immunité fondée sur la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation.

Plus pertinent encore à cet égard est le fait qu'aucun des textes législatifs mentionnés au paragraphe 3 ci-dessus ne contient une quelconque référence à pareille exception.

Cette question a été examinée de manière approfondie par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. A une majorité de neuf voix contre huit, ladite juridiction a précisé qu'elle

«ne juge[ait] pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions

civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State”.

Also the Ontario Court of Appeal stressed in *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran* (judgment of 30 June 2004, *ILR*, Vol. 128, p. 605) the distinction according to the place where the injury occurred. While implicitly acknowledging the applicability of the “tort exception” provided by Canadian legislation, this court said that: “practice reflects the customary international law principle that State immunity is provided for acts of torture committed outside the forum state . . .”.

The Constitutional Court of Slovenia (judgment of 8 March 2001, case Up-13/99) found that there was a “trend”, but no

“rule of international customary law, which would in the case of violations of the cogent norms of international law in the area of human rights protection as a consequence of state activities in the framework of *iure imperii* . . . allow Slovenian courts to try foreign states in such cases”.

The court was here considering an activity which had occurred on what had become Slovenian territory.

A similar approach was taken by the German *Bundesgerichtshof* in a judgment of 26 June 2003 when it was faced with the request to enforce the Greek judgment on the merits in the *Distomo* case (English translation in *International Legal Materials*, Vol. 42 (2003), p. 1033).

A flat rejection of the existence of an exception to immunity covering claims for breaches of obligations under peremptory norms was expressed by the House of Lords in *Jones v. Saudi Arabia* ([2007] 1 *AC* 270). This judgment concerned a claim relating to an act of torture that had taken place outside the territory of the forum State.

If one takes into consideration all these elements of practice, one has to reach the conclusion that the nature of the obligation under international law which is at the origin of the claim does not per se provide sufficient evidence that jurisdiction may be exercised over foreign States in case of a claim for reparation for the breach of an obligation under a peremptory norm wherever committed. On the other hand, one cannot infer from this practice that the nature of the obligation breached negatively affects the applicability of the “tort exception”. It would indeed be extraordinary if a claim could be entertained on the basis of the “tort exception” when the obligation breached is of a minor character while this exception would not apply to claims relating to breaches of obligations under peremptory norms.

12. The application of the criteria above would have required the Court to examine in greater detail, in relation to the facts of each case,

civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for».

La cour d'appel de l'Ontario a par ailleurs rappelé, en l'affaire *Bouzari et autres c. République islamique d'Iran* (arrêt du 30 juin 2004; *ILR*, vol. 128, p. 605), la distinction qu'il convient d'établir en fonction du lieu où le préjudice en cause s'est produit. Tout en reconnaissant implicitement l'applicabilité de l'«exception territoriale» énoncée dans la législation canadienne, cette juridiction a ainsi jugé que «la pratique reflét[ait] le principe de droit international coutumier selon lequel l'Etat jouit de l'immunité à l'égard d'actes de torture commis en dehors de l'Etat du for...».

La Cour constitutionnelle de Slovénie (arrêt du 8 mars 2001, affaire Up-13/99) a, quant à elle, estimé qu'il existait une «tendance», mais aucune

«règle de droit international coutumier qui, dans le cas de violations de normes impératives du droit international en matière de protection des droits de l'homme résultant d'activités étatiques menées *jure imperii* ... autoriserait les tribunaux slovènes à traduire en justice des Etats étrangers».

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle examinait des actes qui s'étaient produits sur un territoire devenu entre-temps slovène.

Une approche similaire a été suivie par le *Bundesgerichtshof* allemand dans un arrêt du 26 juin 2003, alors qu'il lui était demandé de rendre exécutoires les décisions grecques rendues au fond en l'affaire *Distomo (International Legal Materials*, vol. 42 (2003), p. 1033).

En l'affaire *Jones c. Arabie saoudite* ([2007] 1 AC 270), la Chambre des lords a, pour sa part, purement et simplement rejeté l'idée selon laquelle il existerait une exception à l'immunité dans le cas de réclamations relatives au manquement à des obligations relevant de normes impératives. Cette décision avait trait à une réclamation portant sur un acte de torture qui s'était produit en dehors du territoire de l'Etat du for.

Au vu de l'ensemble de ces éléments tirés de la pratique, la conclusion s'impose que la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation ne constitue pas, en elle-même, un élément suffisant pour qu'un tribunal soit fondé à exercer sa compétence à l'égard d'un Etat étranger dans le cas d'une demande en réparation relative à l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative, quel que soit le lieu où ce manquement a été commis. A l'inverse, on ne saurait déduire de cette pratique que la nature de l'obligation qui n'a pas été respectée a une incidence négative sur l'applicabilité de l'«exception territoriale». Il serait en effet extravagant qu'une réclamation soit jugée recevable sur la base de l'«exception territoriale» lorsque l'obligation qui n'a pas été respectée est mineure, alors que cette même exception ne s'appliquerait pas à des réclamations ayant trait au manquement à des obligations relevant de normes impératives.

12. L'application des critères énoncés ci-dessus aurait exigé que la Cour examinât de manière plus approfondie, et à la lumière des faits de chaque

the various decisions of Italian courts to which the Application of Germany refers. This should have led the Court to conclude that, at least for certain decisions of Italian courts, the exercise of jurisdiction could not be regarded as being in breach of an obligation under general international law.

(Signed) Giorgio GAJA.

affaire, les différentes décisions rendues par les tribunaux italiens auxquelles l'Allemagne s'est référée dans sa requête. Pareil examen aurait dû conduire la Cour à conclure que, au moins en ce qui concerne certaines de ces décisions, l'exercice, par le tribunal en question, de sa compétence ne pouvait être considéré comme étant contraire à une obligation de droit international général.

(Signé) Giorgio GAJA.
