

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

**AFFAIRE RELATIVE AUX IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ETAT
(ALLEMAGNE c. ITALIE)**

MÉMOIRE DÉPOSÉ PAR LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

12 juin 2009

[Traduction du Greffe]

1

Le 23 décembre 2008, la République fédérale d'Allemagne (dénommée ci-après l'«Allemagne») a introduit une instance contre la République italienne (dénommée ci-après l'«Italie») devant la Cour internationale de Justice (dénommée ci-après la «Cour»). Dans le présent mémoire, l'Allemagne exposera les raisons l'ayant conduite à prendre cette mesure, qui peut sembler singulière au regard des profonds liens d'amitié et d'entente mutuelle qui caractérisent les relations entre les deux pays. Il ressortira néanmoins de l'exposé ci-dessous que nous sommes aujourd'hui aux prises avec une situation qui ne saurait être réglée par la voie diplomatique. L'Allemagne est convaincue qu'un certain nombre de décisions judiciaires ont porté atteinte à son droit souverain à l'immunité de juridiction. Dans bon nombre de cas où les juridictions italiennes compétentes — notamment la *Corte di Cassazione* (dénommée ci-après la «Cour de cassation») — ont été saisies, le Gouvernement italien s'est activement employé à convaincre celles-ci que l'immunité de juridiction de l'Allemagne devait être respectée, mais en vain. La Cour de cassation a jugé que l'Allemagne avait perdu son immunité compte tenu de la gravité des faits de la cause. La situation est aujourd'hui devenue inextricable. Le Gouvernement italien n'est pas en mesure de renverser cette tendance de la jurisprudence. Seul un arrêt de principe de la Cour permettrait de sortir de l'impasse.

2

La situation a atteint un point critique — portant atteinte à l'immunité de juridiction de l'Allemagne en tant qu'Etat souverain — avec la décision rendue le 11 mars 2004 dans l'affaire *Ferrini*¹ par la Cour de cassation, celle-ci ayant déclaré que l'Italie pouvait exercer sa juridiction à l'égard d'une demande (datant de 1998) soumise par une personne qui, pendant la seconde guerre mondiale, avait été déportée en Allemagne et astreinte au travail forcé dans le secteur de l'armement. A la suite de cet arrêt, la justice italienne a été saisie de nombreuses autres affaires introduites contre l'Allemagne par des personnes ayant, elles aussi, subi un préjudice en conséquence du conflit armé. Toutes ces demandes auraient dû être rejetées, ou devraient l'être, puisque l'Italie est sans pouvoir de juridiction à l'égard d'actes *jure imperii* perpétrés par les autorités du III^e Reich, dont il incombe à l'Allemagne d'aujourd'hui d'assumer la responsabilité à l'échelle internationale. Toutefois, la Cour de cassation a récemment confirmé ses conclusions antérieures dans une série de décisions rendues le 29 mai 2008 et dans un nouvel arrêt du 21 octobre 2008. L'Allemagne est préoccupée par la possibilité que des centaines de nouvelles affaires puissent être introduites à son encontre.

Les démarches réitérées auprès du Gouvernement italien sont restées vaines. La saisine de la Cour constitue donc la seule voie de recours dont l'Allemagne dispose pour tenter de mettre un terme à cette pratique illicite des tribunaux italiens, qui porte atteinte à ses droits souverains. Le Gouvernement italien a publiquement déclaré «respecte[r]» la décision allemande de soumettre le différend à la Cour pour que celle-ci le règle de manière définitive. Il a également affirmé qu'une décision de la Cour sur l'immunité de l'Etat aiderait selon lui à éclaircir cette question complexe².

¹ Arrêt n° 5044/2044 du 11 mars 2004, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 87 (2004), p. 539 (traduction anglaise : *International Law Reports (ILR)*, vol. 128, p. 659), annexe 1.

² Voir la déclaration conjointe adoptée à l'occasion des consultations tenues entre les Gouvernements allemand et italien à Trieste le 18 novembre 2008, annexe 2. («L'Italia rispetta la decisione tedesca di rivolgersi alla Corte Internazionale di Giustizia per una pronuncia sul principio dell'immunità dello Stato. L'Italia, anche come parte contraente, come la Germania, della Convenzione Europea sulla composizione pacifica delle controversie del 1957, e come Paese che fa del rispetto del diritto internazionale un cardine della propria condotta, considera che la pronuncia della Corte Internazionale sull'immunità dello Stato sia utile al chiarimento di una complessa questione.»)

Plan de l'argumentation

Paragraphes

3	I. Compétence	1-3
	II. Questions de recevabilité.....	4-6
	1. Nul besoin d'épuiser les voies de recours internes	4
	2. Nul besoin d'épuiser au préalable les négociations diplomatiques.....	5
	3. Défaut de compétence de la Cour de justice des Communautés européennes.....	6
	III. Les faits	7-46
	1. Règlement des réclamations nées de la guerre.....	7-12
	2. Les procédures judiciaires intentées contre l'Allemagne	13-46
	a) <i>L'affaire Ferrini</i>	18-22
	b) Les affaires ultérieures	23-28
	c) <i>L'affaire Milde (Racciarini)</i>	29-32
	d) <i>L'affaire Distomo</i>	33-41
	e) Quelques exemples parmi les affaires les plus récentes	42-45
	f) Refus de reconnaître la compétence des tribunaux italiens.....	46
	IV. Le fond.....	47-133
	1. L'immunité souveraine en tant que principe fondamental du droit international	48-56
	2. Les défauts et les incohérences de la jurisprudence de la Cour de cassation.....	57-64
	3. L'arrêt <i>Distomo</i> infirmé par le jugement rendu en l'affaire <i>Margellos</i>	65
	4. La pratique des Etats-Unis	66-70
	5. La portée réduite de la clause territoriale.....	71-82
	6. Arguments fondés de manière erronée sur la norme de <i>jus cogens</i>	83-90
	7. Application rétroactive de la doctrine sur laquelle s'appuie la Cour de cassation.....	91-102
	8. Protection contre les mesures de contrainte	103-107
	9. La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens	108-111
4	10. Implications générales de la théorie développée par la Cour de cassation	112-114

11. La pratique judiciaire	115-130
V. Réparation demandée	131
VI. Demandes.....	132-133
VII. Liste des annexes	

I. Compétence

5 1. La requête a été déposée en application de la convention européenne du 29 avril 1957 pour le règlement pacifique des différends (dénommée ci-après la «convention européenne»)³, ratifiée par l'Italie le 29 janvier 1960 et par l'Allemagne le 18 avril 1961. Aucune des Parties n'a dénoncé cet instrument.

2. L'article premier de la convention européenne est ainsi libellé :

«Les hautes parties contractantes soumettront pour jugement à la Cour internationale de Justice tous les différends juridiques relevant du droit international qui s'élèveraient entre elles et notamment ceux ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité ;
- b) tout point de droit international ;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation internationale ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour rupture d'une obligation internationale.»

Dans la présente instance, le différend concerne en particulier l'existence, en droit international coutumier, de la règle qui met un Etat souverain à l'abri des poursuites intentées à son encontre devant les juridictions civiles d'un autre Etat. Dès lors, la demande s'inscrit *ratione materiae* dans le champ d'application de la convention européenne.

3. L'application de la convention européenne n'est pas exclue par les dispositions de l'article 27, qui énonce certaines limites d'ordre temporel. En fait, ainsi qu'exposé dans cet article,

«Les dispositions de la présente convention ne s'appliquent pas :

- a) aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente convention entre les parties au différend ;
- b) aux différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats.»

6 Comme il a déjà été indiqué lorsque l'objet du différend a été précisé, les actions intentées contre l'Allemagne devant des tribunaux italiens se rapportent toutes à des faits remontant à la seconde guerre mondiale, lorsque des soldats allemands commirent de graves violations du droit international humanitaire. Cela étant, l'instance introduite ici contre l'Italie ne porte pas sur le fond de ces actions en justice. L'Allemagne prie seulement la Cour de conclure que le fait de considérer des griefs fondés sur ces faits comme relevant de la juridiction interne des tribunaux italiens constitue une violation du droit international. Le moment où cette pratique judiciaire contestable a débuté peut être daté avec précision. Il s'agit du 11 mars 2004, jour du prononcé par la Cour de

³ Série des traités européens (STE), n° 23.

cassation de sa décision en l'affaire *Ferrini*, qui a ouvert la voie aux demandes de réparation fondées sur un préjudice découlant d'événements ayant eu lieu dans le cadre de la seconde guerre mondiale. Cette date du 11 mars 2004 et les années qui suivent entrent manifestement dans le champ d'application *ratione temporis* de la convention européenne.

II. Questions de recevabilité

1. Nul besoin d'épuiser les voies de recours internes

4. L'Allemagne n'agit pas dans l'exercice de son droit de protection diplomatique en faveur de ressortissants allemands. C'est en son nom propre qu'elle agit. Ses droits souverains ont été et continuent d'être directement atteints par les décisions des plus hautes juridictions italiennes qui lui dénie son droit à l'immunité souveraine. Les demandes sur lesquelles la justice italienne a statué et celles qui demeurent pendantes devant elle sont dirigées contre l'Etat allemand en tant qu'entité juridique, non contre des ressortissants allemands. En conséquence, l'Allemagne n'est pas tenue en droit d'épuiser les voies de recours internes. D'ailleurs, quand bien même une telle obligation existerait, il y aurait été pleinement satisfait puisque c'est de la Cour de cassation, la plus haute instance judiciaire italienne en matière civile, qu'émane la théorie contestée de l'inopposabilité de l'immunité souveraine en cas de violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire.

2. Nul besoin d'épuiser au préalable les négociations diplomatiques

7 5. L'article 33 de la Charte des Nations Unies n'impose pas aux Etats d'avoir épuisé, avant de s'adresser à la Cour, tous les moyens y énoncés pour régler un différend dont l'existence est établie. Ce principe a été récemment confirmé dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*⁴. La convention européenne ne pose, elle non plus, aucune condition en ce sens. Quoi qu'il en soit, depuis que la Cour de cassation a rendu l'arrêt *Ferrini*, l'Allemagne a été constamment en contact avec les autorités italiennes pour les presser de faire en sorte que le pouvoir judiciaire italien mette un terme à sa pratique erronée. L'Allemagne est consciente des efforts déployés par le Gouvernement italien pour rappeler ses instances judiciaires aux obligations qu'imposent à l'Italie les règles du droit international général, lesquelles, conformément au paragraphe 1 de l'article 10 de la Constitution italienne, sont en principe d'applicabilité directe au sein de l'ordre juridique italien. Naturellement, comme leurs homologues de tous les Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme, les juges italiens sont indépendants et n'ont à se plier à aucune instruction édictée par leur gouvernement. Néanmoins, l'Italie doit en tant qu'Etat endosser la responsabilité des actes de tous ses organes, quelle que soit la nature de ces derniers. En effet, le paragraphe 1 du quatrième des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, lesquels ont été élaborés par la Commission du droit international (CDI) et dont l'Assemblée générale a pris note dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, indique sans ambiguïté qu'un comportement susceptible d'entraîner l'imputation d'une responsabilité peut être le fait de tout organe qui «exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres». Cette disposition traduit une règle du droit coutumier. Nul ne contestera que le pouvoir judiciaire fait partie des organes institutionnels dont les actes peuvent engager la responsabilité de l'Etat. Le commentaire du paragraphe 1 de l'article 4 de la CDI renvoie à toute une série de précédents pertinents⁵. Il appartient à chaque Etat

⁴ C.I.J. *Recueil* 2003, p. 210, par. 107. Pour plus de détails, voir les observations de Christian Tomuschat sur l'article 36, «The Statute of the International Court of Justice, A Commentary», dans Zimmermann, Tomuschat et Oellers-Frahm (dir. publ.) (2006), p. 649, note 115 en marge ; Anne Peters, «International Dispute Settlement : A Network of Cooperational Duties», *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 14, 2003, p. 14.

⁵ Voir James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002, p. 95, par. 6.

d'organiser l'ensemble de son appareil étatique de façon à empêcher toute violation du droit international au détriment d'autres Etats.

3. Défaut de compétence de la Cour de justice des Communautés européennes

8 6. Le présent différend n'entre dans les prévisions d'aucune des clauses juridictionnelles du traité de Nice (Traité instituant la Communauté européenne, article 227 du traité CE). Bien qu'elle risque d'entraver le bon fonctionnement du marché intérieur visé par le traité de Nice — puis par le traité de Lisbonne —, la pratique contestée des tribunaux italiens ne touche pas directement au fonctionnement du régime gouvernant le marché européen. Les relations courantes entre les différentes nations européennes demeurent régies par le droit international général. Chaque Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Union européenne est tenu, sauf dérogation expresse, de respecter les règles générales du droit international envers les autres membres. Or, en ce qui concerne le présent différend, aucune dérogation n'a été ainsi convenue. L'immunité de juridiction fait partie des éléments qui sont au cœur de la relation entre Etats souverains. En dehors du cadre spécifique défini par les traités relatifs à l'intégration européenne, le régime du droit international général continue de s'appliquer aux relations entre les 27 Etats européens concernés. Il convient d'ajouter à cet égard que le cadre spécial de coopération judiciaire qui permet à une personne physique de faire exécuter dans un Etat membre de l'Union européenne une décision rendue dans un autre Etat membre ne s'étend pas aux actions en justice visant à obtenir réparation à raison d'une perte ou d'un préjudice subi en conséquence d'actes de guerre (voir plus bas, par. 127).

III. Les faits

1. Règlement des réclamations nées de la guerre

9 7. Suivront ci-après quelques observations sur le contexte historique du différend. Ce retour sur le passé ne signifie pas que l'objet du différend s'étendra à des faits se rapportant à la période antérieure à l'entrée en vigueur de la convention européenne pour les deux Parties. L'Allemagne souligne une fois encore qu'elle conteste uniquement les pratiques judiciaires découlant de l'arrêt *Ferrini* rendu par la Cour de cassation. On ne saurait toutefois se faire une idée claire du contexte historique du différend sans revenir, même succinctement, sur la conduite illicite des forces du Reich allemand, d'une part, et sur les mesures prises au niveau interétatique par l'Allemagne de l'après-guerre pour mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'Allemagne découlant de cette conduite, d'autre part.

8. Il va sans dire qu'après la seconde guerre mondiale, des mesures avaient dû être prises pour traiter la question des dommages de guerre. La première de ces mesures fut la signature de l'accord de Potsdam, conclu le 2 août 1945 entre les puissances alliées victorieuses⁶. Cet accord a été unilatéralement imposé à l'Allemagne, qui n'y est jamais devenue partie. Il comprend un long chapitre sur les «réparations dues par l'Allemagne» (chap. IV), dont le chapeau rappelle la décision antérieure prise par les puissances alliées lors de la conférence de Crimée :

«L'Allemagne sera contrainte de compenser, dans la plus grande mesure possible, les pertes et les souffrances qu'elle a causées aux Nations Unies et à la responsabilité desquelles le peuple allemand ne peut échapper...»

⁶ Reproduit dans «Dokumente des Geteilten Deutschland» (Ingo von Münch, dir. publ.), Stuttgart, 1968, p. 32. Pour en comprendre la portée juridique, voir Jochen Abr. Forwien, «Potsdam Agreements on Germany (1945)», dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (Amsterdam et al. 1997), p. 1087-1092.

En conséquence, il fut prévu que les réparations prendraient essentiellement la forme de saisies d'outillage industriel dans les différentes zones d'occupation. Il fut également décidé que tous les avoirs allemands à l'étranger seraient confisqués, mesure qui s'étendit en fait sur de nombreuses années. Au titre des réparations, le territoire allemand fit en outre l'objet de dispositions territoriales. Enfin, conformément aux décisions prises par ses propres autorités, l'Allemagne mit en place un système d'indemnisation en faveur des victimes d'injustices spécifiques commises dans le cadre des mesures de persécution raciale du régime nazi. Il est donc évident que, pour indemniser les victimes de la seconde guerre mondiale, l'Allemagne a consenti des sacrifices importants, qui n'ont pas été uniquement de nature financière.

10

9. En 1947, l'Italie, qui avait été alliée à l'Allemagne nazie de juin 1940 à septembre 1943, conclut un accord de paix avec les puissances alliées victorieuses⁷. En vertu du paragraphe 4 de l'article 77 de ce traité, elle devait renoncer à toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands :

«Sans préjudice de ces dispositions et de toutes autres qui seraient prises en faveur de l'Italie et des ressortissants italiens par les Puissances occupant l'Allemagne, l'Italie renonce, en son nom et au nom des ressortissants italiens, à toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands, qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945, à l'exception de celles qui résultent de contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur avant le 1^{er} septembre 1939, ainsi que de droits qui étaient acquis avant cette date. Cette renonciation sera considérée comme s'appliquant aux créances, à toutes les demandes intergouvernementales relatives à des accords conclus au cours de la guerre et à toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre.»⁸

10. Après la création de la République fédérale d'Allemagne, incarnation de la nouvelle Allemagne démocratique, des divergences surgirent entre le Gouvernement allemand et le Gouvernement italien au sujet de la portée de la clause de renonciation figurant dans le traité de paix. Dans la note qu'il présenta aux organes législatifs pour y exposer le contexte dans lequel s'inscrivait le traité de règlement de 1961 (voir par. 11 ci-après), le Gouvernement allemand déclara ce qui suit :

«Les tentatives réitérées en vue de parvenir à un accord ayant échoué et les deux Etats ayant bien conscience qu'un règlement de cette situation complexe, pesant sur leurs relations amicales, serait dans l'intérêt des deux Parties, un paiement unique d'une somme forfaitaire dont le montant pourrait être fixé par voie de compromis, sans procéder à un examen détaillé des fondements factuels et juridiques de chaque demande litigieuse, est apparu comme la seule solution viable permettant de venir à

⁷ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 49, n° 747, p. 3, annexe 3.

⁸ Le texte anglais, qui fait également foi, se lit comme suit :

«Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany, Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before September 1, 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all inter-governmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war.»

11

bout de toutes les divergences. Après une appréciation minutieuse de toutes les circonstances à prendre en compte en vue d'un pareil compromis, les deux gouvernements se sont finalement entendus sur un montant de 40 millions de marks allemands.»⁹

11. Cet arrangement conduisit à la conclusion de deux accords internationaux, tous deux signés le 2 juin 1961. Aux fins d'une réconciliation définitive entre les deux nations, l'Allemagne accepta de verser des indemnités à l'Italie, malgré la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix. En vertu du traité portant règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier¹⁰, l'Allemagne versa un montant de 40 millions de marks allemands à l'Italie «aux fins du règlement de questions pendantes de nature économique» (article premier). Pour sa part, le Gouvernement italien déclara au paragraphe 1 de l'article 2 de cet accord :

«Il a été fait droit à toutes les demandes restées pendantes, émanant soit de la République italienne, soit de personnes physiques ou morales italiennes, à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne ou de personnes physiques ou morales allemandes, dans la mesure où ces demandes reposaient sur des droits ou des circonstances liés à la période comprise entre le 1^{er} septembre 1939 et le 8 mai 1945.»¹¹

12

En vertu du traité relatif à l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste¹², l'Allemagne accepta de verser un autre montant de 40 millions de marks allemands à des ressortissants italiens qui avaient été victimes des mesures de persécution nationales-socialistes pour des raisons raciales, religieuses ou idéologiques et qui, du fait de ces mesures de persécution, avaient été privés de leur liberté ou avaient subi des atteintes à leur santé. L'usage de ces sommes fut laissé à la discrétion du Gouvernement de la République italienne¹³. Ce traité contenait également, en son article 3, une clause de renonciation :

«Sans préjudice des droits auxquels peuvent prétendre des ressortissants italiens au titre de la législation allemande en matière d'indemnisation, le paiement visé à

⁹ Bundestag allemand, Drucksache IV/433, p. 12 : «Wiederholte Versuche, zu einer Übereinstimmung zu kommen, scheiterten. Andererseits verkannten beide Staaten nicht, dass eine Lösung dieses die freundschaftlichen Beziehungen beeinträchtigenden Fragenkomplexes im beiderseitigen Interesse lag. Als einzig gangbarer Weg erschien es, alle Differenzen durch eine einmalige deutsche Pauschalzahlung zu beseitigen, deren Höhe ohne nähere Prüfung des tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen jedes einzelnen strittigen Anspruchs im Wege des Kompromisses bestimmt werden konnte. Unter abwägung aller für einen solchen Kompromiss in Betracht zu ziehenden Umstände einigten sich die beiden Regierungen auf den Betrag von 40 Millionen DM (Artikel 1).»

¹⁰ Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne (BGBl.), vol. II, 1963, p. 669 ; annexe 4. Intitulé allemand : «Abkommen über die Regelung gewisser vermögensrechtlicher, wirtschaftlicher und finanzieller Fragen».

¹¹ «Die italienische Regierung erklärt, dass alle Ansprüche und Forderungen der Italienischen Republik oder von italienischen natürlichen oder juristischen Personen, die gegen die Bundesrepublik Deutschland oder gegen deutsche natürlichen oder juristischen Personen noch schweben, erledigt sind, sofern sie au Rechte und Tatbestände zurückgehen, die in der Zeit vom 1. September 1939 bis 8. Mai 1945 entstanden sind.»

¹² Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne (BGBl.), vol. II, 1963, p. 793, annexe 5. Intitulé allemand : «Vertrag über Leistungen zugunsten italienischer Staatsangehöriger, die von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen betroffen worden sind».

¹³ En vertu du décret présidentiel n° 2043 du 6 octobre 1963, figurant à l'annexe 6, les prisonniers de guerre italiens déportés en Allemagne et astreints au travail forcé devaient également bénéficier de ces sommes. Celles-ci furent effectivement distribués et donnèrent lieu à un certain nombre de différends juridiques ; voir Cour de cassation italienne, arrêt du 30 octobre 1986/2 mars 1987, annexe 7.

l'article premier constitue le règlement définitif entre la République fédérale d'Allemagne et la République italienne de toutes les questions régies par le présent traité.»^{14,15}

12. Il ressort des instruments conventionnels évoqués ci-dessus que le régime des réparations reposait entièrement sur le principe selon lequel celles-ci devraient être demandées et versées exclusivement à titre collectif au niveau interétatique. C'est sur ce principe que reposent non seulement l'accord de Potsdam de 1945 et le traité de paix avec l'Italie mais aussi les deux accords de 1961 entre l'Allemagne et l'Italie. Un régime de réparation de ce type ne saurait être remis en cause rétroactivement.

2. Les procédures judiciaires intentées contre l'Allemagne

13. Ainsi qu'indiqué brièvement en introduction, l'Allemagne fait actuellement l'objet d'un nombre croissant d'actions intentées devant la justice italienne, et dans lesquelles les demandeurs, victimes d'un préjudice au cours de la seconde guerre mondiale — alors que l'Italie était occupée par l'Allemagne après avoir rompu son alliance avec celle-ci les 8 et 9 septembre 1943 et rejoint les puissances alliées —, ont engagé des poursuites afin d'être indemnisés à raison de ce préjudice. Les demandeurs peuvent être en gros répartis en *trois* groupes. Le *premier* est constitué d'hommes, pour la plupart jeunes à l'époque, qui furent arrêtés sur le sol italien et envoyés en Allemagne pour y être astreints au travail forcé. Le *deuxième* groupe est celui des membres des forces armées italiennes qui, à la suite des événements de septembre 1943, furent capturés par l'armée allemande et que les autorités nazies privèrent de fait peu après de leur statut de prisonniers de guerre¹⁶, là encore pour les soumettre au travail forcé. Le *troisième* groupe comprend des victimes de massacres perpétrés par des unités allemandes au cours des derniers mois de la seconde guerre mondiale ; usant de stratégies barbares pour dissuader les résistants, ces unités tuèrent parfois des centaines de civils, parmi lesquels des femmes et des enfants, en représailles des attaques lancées par la résistance contre les forces d'occupation. Bien souvent, le nombre des victimes italiennes était sans commune mesure avec celui des victimes allemandes.

14. Les faits incriminés remontant à plus de soixante ans, les demandeurs sont dans de nombreux cas les héritiers des victimes elles-mêmes, descendants directs ou conjoints survivants.

15. L'Allemagne démocratique qui a vu le jour après la chute de la dictature nazie n'a pas laissé d'exprimer ses regrets les plus profonds pour les violations massives du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes à partir des 8 et 9 septembre 1943 et ce, jusqu'à la libération de l'Italie. L'Allemagne a déjà fait maints autres gestes symboliques pour honorer la mémoire des citoyens italiens victimes de stratégies barbares dans le cadre de cette guerre d'agression, et elle est prête à en faire autant dans l'avenir. Tout récemment encore, le ministre des affaires étrangères, M. Frank-Walter Steinmeier, lorsqu'il a visité avec son homologue italien M. Franco Frattini le site commémoratif de «La Risiera di San Sabba», situé près de Trieste, qui

¹⁴ «Mit der in Artikel 1 bezeichneten Zahlung sind zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Italienischen Republik, unbeschadet etwaiger Ansprüche italienischer Staatsangehöriger auf Grund der deutschen Wiedergutmachungsgesetze, alle Fragen, die Gegenstand dieses Vertrages sind, abschließend geregelt.»

¹⁵ Les «Wiedergutmachungsgesetze» allemands sont des textes législatifs adoptés précisément en vue de réparer les préjudices causés, non pas en conséquence du conflit armé, mais en conséquence de mesures prises par le régime nazi à l'encontre de minorités raciales ou ethniques ou d'opposants politiques.

¹⁶ Il va de soi que, dans le cadre d'un conflit armé, aucune des deux parties belligérantes ne peut priver unilatéralement de ce statut les combattants faits prisonniers. Le statut de prisonnier de guerre est régi par des règles du droit international dont aucune partie ne peut s'affranchir à son gré.

14

servit de camp de concentration pendant l'occupation allemande, a réaffirmé au nom du Gouvernement allemand que l'Allemagne reconnaissait pleinement les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens. Il a été conclu, entre autres, à l'issue de cette rencontre, qu'il convenait d'établir une commission conjointe d'historiens allemands et italiens qui aurait pour mission de revenir sur l'histoire commune des deux pays pendant la période où l'un et l'autre étaient sous la coupe d'un régime totalitaire, en prêtant une attention spéciale aux victimes de crimes de guerre, notamment aux soldats italiens que les autorités du III^e Reich utilisèrent abusivement pour le travail forcé (les «internés militaires»). En fait, la première conférence de cette commission conjointe, composée de cinq éminents spécialistes de chacune des Parties, s'est tenue le 28 mars 2009 à la Villa Vigoni, le centre renommé d'échanges culturels organisés dans le cadre des relations germano-italiennes.

16. Un *quatrième* type d'action doit être évoqué séparément : il s'agit de tentatives de ressortissants grecs visant à faire appliquer en Italie une décision rendue en Grèce à raison d'un massacre similaire perpétré en 1944 par des unités de l'armée allemande pendant leur retraite (l'affaire *Distomo*)¹⁷.

17. L'Allemagne se bornera ci-dessous à décrire par le menu l'affaire *Ferrini*, qui a fait jurisprudence, et un certain nombre d'autres affaires représentatives, en particulier l'affaire *Distomo*. Etant donné que l'argumentation juridique est plus ou moins la même dans toutes ces procédures, il ne semble pas absolument nécessaire d'exposer les faits et particularités de chacune. L'Allemagne a tout de même joint à sa requête une liste de toutes les instances actuellement pendantes¹⁸.

a) *L'affaire Ferrini*¹⁹

15

18. M. Luigi Ferrini, né le 12 mai 1926, avait été capturé par les forces allemandes dans la province d'Arezzo le 4 août 1944, puis déporté en Allemagne pour y être astreint au travail forcé dans le secteur de l'armement. Le 23 septembre 1998, il intenta une action en justice devant le *Tribunale di Arezzo* (tribunal d'Arezzo) en vue d'obtenir une réparation équitable au titre du préjudice subi durant la période qui précéda sa libération en mai 1945 (retour en Italie en août 1945). Le tribunal d'Arezzo le débouta de sa demande (décision du 3 novembre 2000), en se déclarant incompétent puisque l'Allemagne avait agi dans l'exercice de ses pouvoirs souverains et était donc protégée par la règle coutumière de l'immunité de l'Etat.

19. La *Corte di Appello di Firenze* (cour d'appel de Florence) rejeta l'appel interjeté par M. Ferrini (arrêt du 16 novembre 2001/14 janvier 2002), s'alignant sur les motifs développés par le tribunal d'Arezzo et ajoutant que la requête introduite par le demandeur était également sans fondement en droit des droits de l'homme.

20. La Cour de cassation²⁰ s'est écartée des motifs invoqués par les deux juridictions inférieures à l'appui de leurs décisions. Il est inutile de rapporter les observations de la cour dans leur intégralité et nous nous contenterons de rappeler les principaux points de cet arrêt. La Cour de

¹⁷ Pour plus d'informations, voir par. 33-41 ci-après.

¹⁸ Annexe 8.

¹⁹ Voir note 1 plus haut.

²⁰ *Ibid.*

16

cassation commence tout d'abord par souligner la gravité du crime de déportation, interdit par le droit international humanitaire. Elle insiste ensuite sur la spécificité de l'affaire *Ferrini*, distincte de l'affaire *McElhinney*, tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)²¹, en ce que les faits qui auraient été à l'origine du préjudice, à savoir l'arrestation du demandeur, s'étaient produits sur le sol italien. En outre, la Cour de cassation fait référence à l'évolution de la loi aux Etats-Unis, et notamment au Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA, Loi sur les immunités des Etats étrangers) tel que modifié par l'ajout de l'Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act de 1996²², qui a ouvert la voie à des actions contre les Etats considérés par le Gouvernement des Etats-Unis comme des «commanditaires» du terrorisme. Enfin, la cour affirme que, si de hauts responsables gouvernementaux peuvent être inculpés de crimes graves, il n'y a aucune raison d'interdire aux victimes de tels crimes d'introduire des actions civiles à l'encontre de l'Etat responsable. La Cour de cassation n'a toutefois pu citer de précédent pertinent autre que la décision rendue par l'*Areios Pagos*, la plus haute juridiction grecque en matière civile, qui, en sa qualité d'organe judiciaire suprême, a affirmé pour la première fois que les Etats ayant commis de graves violations des droits de l'homme perdaient leur immunité souveraine²³. En résumé, la Cour de cassation affirme que, du fait de leur position plus élevée dans l'ordre juridique, les normes relatives aux droits de l'homme doivent prévaloir sur le principe de l'immunité (par. 9.1).

21. L'Allemagne fit immédiatement part de ses vives préoccupations au ministère italien des affaires étrangères (le 5 mai 2004).

22. L'affaire fut renvoyée devant le tribunal d'Arezzo. La procédure devant cette juridiction de première instance connut quelques retards en raison de la récusation du juge compétent par l'avocat du demandeur. Dans une décision en date du 12 avril 2007, le tribunal d'Arezzo jugea que l'action en réparation à raison du préjudice subi était forclosée. Il a été interjeté appel de cette décision et l'affaire est actuellement pendante devant la cour d'appel de Florence.

b) *Les affaires ultérieures*

23. Depuis l'arrêt *Ferrini*, de nombreuses victimes de déportation en Allemagne, abusivement exploitées à des fins de travail forcé, ont également introduit des instances contre l'Allemagne. Deux affaires méritent une mention particulière.

17

24. La première est l'affaire *Giovanni Mantelli et autres*, une demande collective déposée par douze plaignants. En ce qui concerne les faits pertinents, l'affaire *Mantelli* est également représentative de toutes les autres. M. Mantelli, né le 3 octobre 1921 à Turin, fut arrêté par les forces allemandes en juin 1944 et conduit en Allemagne, où il fut contraint de travailler à l'usine de Mercedes-Benz de Gaggenau (Bade). Il fut libéré après la reddition des forces armées allemandes en mai 1945. Ayant pris connaissance de l'issue de l'affaire *Ferrini*, il intenta, le 13 avril 2004, avec d'autres demandeurs, une action contre l'Allemagne devant le *Tribunale di Torino* (tribunal de Turin). En vue de faire la lumière sur la question litigieuse de la compétence des tribunaux italiens, l'Allemagne forma un recours devant la Cour de cassation avant qu'une décision n'eût été

²¹ *McElhinney c. Irlande*, requête n° 31253/96 du 21 novembre 2001.

²² *International Legal Materials (ILM)* (1997), vol. 36, p. 759.

²³ *Préfecture de Voïotia c. République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 4 mai 2000 ; traduction anglaise : *International Law Reports (ILR)*, vol. 129, p. 514 (voir aussi les par. 31 et 59 ci-après), annexe 9.

rendue sur le fond de la demande («regolamento preventivo di giurisdizione»). Afin d'éclairer la cour sur le droit applicable, la *Procura Generale della Repubblica presso la Corte de Cassazione* (Parquet général près la Cour de cassation) a présenté des conclusions le 22 novembre 2007²⁴. En termes bien pesés, il y est indiqué (p. 17) ce qui suit :

«Il est difficile d'affirmer avec certitude que l'ordre juridique international a vu naître des règles conventionnelles ou coutumières selon lesquelles l'immunité de juridiction n'est plus de mise lorsqu'est invoquée la responsabilité civile de l'Etat dans la commission de crimes internationaux.»²⁵

C'est pourquoi le parquet général a conclu que la Cour de cassation devait dire et juger que les tribunaux italiens n'avaient pas compétence pour connaître de cette affaire.

25. L'affaire *Maietta* repose sur des faits comparables. M. Liberato Maietta, né le 12 septembre 1924, fut arrêté par les forces allemandes le 9 septembre 1943. Envoyé en Allemagne pour y être astreint au travail forcé, il travailla d'abord à Küstrin, puis fut obligé de travailler à Landsberg (aucune autre information n'est donnée). Le 28 avril 2004, il introduisit une action contre l'Allemagne devant le *Tribunale di Sciacca* (tribunal de Sciacca). Dans son cas également, l'Allemagne a saisi la Cour de cassation, la priant de se prononcer sur la compétence du tribunal pour connaître de l'affaire en question. Le parquet général a de nouveau présenté des conclusions, qui sont dans une large mesure identiques à celles qu'il avait formulées dans l'affaire *Mantelli*.

18

26. Au vu du caractère sensible de la question, le secrétaire général de la présidence du conseil des ministres a déclaré à l'*Avvocatura Generale dello Stato* (avocat général)²⁶, dans une lettre en date du 24 avril 2004, que les objections soulevées par l'Allemagne étaient justifiées. Le défaut de compétence était incontestable. Il précisait notamment dans sa lettre que, en se fondant sur des règles coutumières et conventionnelles acceptées de manière quasi unanime par les juridictions internationales et nationales, l'ordre juridique international reconnaissait la nécessité «fondamentale» de respecter l'immunité de juridiction territoriale des Etats, afin de préserver la souveraineté de chacun, de promouvoir de bonnes relations et d'éviter toute tension susceptible de déboucher sur un conflit. Sur cette base, l'avocat général a d'ailleurs présenté d'autres conclusions à la Cour de cassation le 28 avril 2008²⁷. Dans un passage déterminant de celles-ci (p. 3), l'avocat général a déclaré au sujet de l'arrêt *Ferrini* que :

«cette décision, qui constitue en outre un *unicum* dans le paysage jurisprudentiel, national ou international, ne semble pas être conforme à la position actuelle du droit international même si elle en fait ressortir quelques aspects importants...»²⁸.

²⁴ Annexe 10. La *Procura Generale* remplit auprès de la Cour de cassation les fonctions d'un conseiller juridique, dont le rôle est comparable à celui des avocats généraux de la Cour de justice des Communautés européennes.

²⁵ «Non è affatto agevole affermare che nell'ordinamento internazionale si siano formate regole convenzionali o consuetudinarie secondo le quali l'immunità dalla giurisdizione viene meno qualora si invochi la responsabilità civile dello Stato per la commissione di crimini internazionali.»

²⁶ Annexe 11.

²⁷ Annexe 12.

²⁸ «Tale decisione, la quale peraltro costituisce un *unicum* nel panorama giurisprudenziale sia nazionale che internazionale, pur sottolineando aspetti di rilievo, tuttavia non appaia in linea con lo stato attuale del diritto internazionale...»

27. La Cour de cassation n'a cependant pas suivi l'avis qui lui avait été donné par des organes dont la mission est de lui communiquer leurs vues afin de l'aider à se faire une idée juste des affaires dont elle est appelée à connaître. Dans un certain nombre d'ordonnances («ordinanze») rendues le 29 mai 2008²⁹, par lesquelles, outre la décision rendue en l'affaire *Mantelli* et en l'affaire *Maietta*, elle s'est prononcée sur 11 autres affaires, elle a jugé que les magistrats italiens concernés avaient compétence pour connaître des demandes d'indemnisation financière formées contre l'Allemagne. A l'appui de sa décision, elle a fait observer, entre autres, qu'elle était consciente du fait

«que, à l'époque, il n'existait pas de coutume internationale clairement établie et explicite selon laquelle il pouvait être dérogé au principe de l'immunité de l'Etat étranger devant les juridictions civiles pour des actes commis *jure imperii* (au nombre desquels figurent indubitablement les actes liés à la conduite d'opérations armées) lorsque ces actes sont d'une gravité telle qu'ils constituent des «crimes contre l'humanité»³⁰,

19 qu'elle était aussi consciente du fait

«qu'elle contribuait ainsi à l'émergence d'une règle définissant l'immunité de l'Etat étranger qui, en tout état de cause, est déjà considérée comme partie intégrante de l'ordre juridique international»³¹.

Enfin, la Cour de cassation a résumé son raisonnement comme suit : «le principe limitant l'immunité d'un Etat ayant commis des crimes contre l'humanité peut être considéré comme ayant alors été «en gestation»³².

En d'autres termes, la Cour de cassation a reconnu très ouvertement que la règle qu'elle appliquait aux affaires dont elle était saisie n'existait pas encore. Pourtant, elle s'est apparemment sentie habilitée à faire évoluer le droit, considérant que le droit positif en vigueur ne satisfaisait pas aux exigences de la justice telles qu'elle les concevait.

28. Comme suite aux décisions de la Cour de cassation, l'affaire est à nouveau pendante devant les juridictions inférieures, qui ont entamé l'examen des éléments de preuve correspondants. L'affaire *Maietta* est en instance devant le tribunal de Sciacca et l'affaire *Mantelli*, devant le tribunal de Turin.

c) *L'affaire Milde (Racciarini)*

20 29. L'affaire Max Josef *Milde* est tout à fait différente. Le ministère public italien poursuit Milde pour sa participation à un massacre commis le 29 juin 1944 à Civitella, Val di Chiana, Cornia et San Pancrazio. Les membres de la division «Hermann Göring» avaient tué 203 civils pris en otages après l'assassinat de quatre soldats allemands, quelques jours plus tôt, par des

²⁹ Annexe 13.

³⁰ «Che non esista, *allo stato*, una sicura ed esplicita consuetudine internazionale per cui il principio della immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per gli atti dal medesimo compiuti *iure imperii* (tra i quali innegabilmente rientrano anche quelli, in particolare, relativi alla conduzione delle attività belliche...) possa ritenersi derogato a fronte di atti di gravità tale da configurarsi come «crimini contro l'umanità».

³¹ «Di contribuire così alla *emersione* di una regola conformativa della immunità dello stato estero, che si ritiene comunque già *insita* nel sistema dell'ordinamento internazionale».

³² «Un principio limitativo dell'immunità dello Stato che si sia reso autore di crimini contro l'umanità può presumersi «in via di formazione».

résistants («partigiani»)³³. Le tribunal militaire de La Spezia conclut à la culpabilité de Milde et le condamna par contumace à une peine de réclusion à perpétuité («ergastolo»)³⁴. Certains proches des victimes se constituèrent parties civiles dans le but de demander réparation, à l'accusé et à l'Allemagne, du préjudice physique et moral subi (affaire *Ricciarini* et autres). Des indemnisations comprises entre 200 000 euros (deux requérants), 100 000 euros (quatre requérants) et 66 000 euros à la charge des défendeurs, furent ainsi accordées. L'Allemagne fut en outre condamnée aux dépens.

30. L'Allemagne a fait appel de ce jugement, invoquant son immunité et soutenant que le jugement du tribunal de première instance devait donc être infirmé. La Cour militaire d'appel de Rome, dans un arrêt du 18 décembre 2007³⁵, l'a néanmoins déboutée. S'engageant dans un long exposé, elle a tenté de montrer que l'arrêt *Ferrini* avait clarifié la question de droit et que, par conséquent, l'Allemagne ne pouvait invoquer l'immunité de juridiction généralement applicable aux Etats attraités devant les tribunaux d'un autre Etat lorsque l'objet du litige porte sur des actes accomplis dans l'exercice de pouvoirs souverains spécifiques. C'est peut-être la première fois dans l'histoire du droit international qu'un Etat est condamné par la justice militaire d'un autre Etat à réparer les crimes de guerre commis par un membre de ses forces armées. L'arrêt de la Cour militaire d'appel n'est pas seulement erroné, il révèle également une méconnaissance fondamentale du droit international. A la lecture des nombreuses pages de l'arrêt, on s'aperçoit que la cour militaire se fonde sur la croyance erronée que les violations des droits de l'homme garantis par le droit international doivent être réparées par une action en justice devant un tribunal national. En tout état de cause, elle semble ignorer l'existence de procédures de règlement internationales. Elle soutient, pour l'essentiel, que de telles violations demeureraient impunies si les tribunaux nationaux étaient empêchés de connaître d'actions civiles en réparation.

21

31. Le 21 octobre 2008, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par l'Allemagne contre l'arrêt de la Cour militaire d'appel ayant conclu à sa responsabilité financière. Dans cet arrêt, dont le texte est devenu accessible en janvier 2009³⁶, la Cour de cassation confirme le précédent *Ferrini*, reconnaissant très ouvertement (par. 3) que ledit arrêt marque un tournant («una svolta netta») dans sa propre jurisprudence et qu'il applique des «principes novateurs» («innovativi principi»). Pour étayer le bien-fondé juridique d'un tel changement, elle se réfère d'abord à ses décisions antérieures, y compris celles du 29 mai 2008 mentionnées au paragraphe 27. Sans se donner la peine d'examiner la pratique internationale pertinente en l'espèce — en réalité, sans citer un seul jugement ou acte législatif étranger — la Cour de cassation déclare de manière péremptoire (sect. 4) :

«En outre, il importe en particulier de souligner que la solution à la question examinée en l'espèce ne saurait être trouvée sur une base purement quantitative ; en d'autres termes, elle ne saurait dépendre du nombre de décisions favorables à telle ou telle position. Il convient de noter à cet égard que, s'il est vrai que l'examen de la

³³ Initialement, deux autres membres de son unité avaient été inculpés.

³⁴ Jugement du 10 octobre 2006, annexe 14.

³⁵ Annexe 15.

³⁶ Annexe 16.

pratique des juridictions de divers pays est un moyen utile de savoir comment sont appliquées les règles coutumières du droit international, il est également vrai que la tâche de l'interprète ne saurait être réduite à un simple calcul mathématique des données déduites de cette pratique judiciaire...»³⁷ [Traduction du Greffe.]

22

32. L'arrêt souligne ensuite la valeur que la communauté internationale attache de nos jours aux droits fondamentaux. Telle n'était pourtant pas la question soumise à la Cour de cassation. Celle-ci aurait dû avant tout déclarer irrecevable l'action intentée contre l'Allemagne en raison de l'immunité de juridiction de cette dernière. Ensuite, même ses observations sur le fond de l'affaire passent à côté d'une autre question essentielle. Le préjudice causé par un manquement aux règles fondamentales lors d'un conflit armé peut être réparé par divers moyens, notamment au niveau interétatique. S'en tenir à la pratique bien établie du droit international n'emporte pas pour autant une ingérence dans les droits des victimes : le respect du droit en vigueur ne saurait constituer une violation du droit.

d) *L'affaire Distomo*

23

33. L'arrêt *Distomo*, rendu par l'*Areios Pagos* grecque le 4 mai 2000³⁸, a eu lui aussi des répercussions importantes en Italie. Les faits à l'origine de l'affaire remontent une fois de plus aux derniers mois de l'occupation allemande d'une bonne partie de l'Europe. Après que 18 soldats allemands eurent été tués par des résistants grecs, une unité allemande mena une opération de représailles contre le village voisin de Distomo : plus de 200 civils, pour la plupart des femmes, des enfants et des vieillards, furent massacrés sans pitié, et le village réduit en cendres. Ce fut incontestablement un crime de guerre odieux. En 1995, plus de 250 proches des victimes du massacre engagèrent une procédure contre l'Allemagne afin d'obtenir réparation des pertes matérielles et humaines. Dans un jugement du 25 septembre/30 octobre 1997 (137/1997)³⁹, le tribunal régional de Livadia se déclara compétent en l'affaire. Il reconnut l'Allemagne coupable en tant que défendeur et la condamna — sans délivrer d'injonction de paiement — à verser un montant de 27 millions d'euros aux requérants (selon la traduction française disponible : «Reconnaît que l'Etat défendeur doit verser...»). En ce qui concerne les frais de justice, l'Allemagne fut «condamnée» à rembourser une partie des dépens encourus par les requérants («Condamne l'Etat défendeur à une partie des frais et dépenses de la partie demanderesse...»). L'Allemagne a contesté ce jugement. Dans un appel interjeté devant l'*Areios Pagos*, elle a invoqué son immunité juridictionnelle, faisant valoir qu'aucun jugement sur le fond n'aurait dû être rendu.

34. L'*Areios Pagos* a rejeté l'appel. Elle s'est appuyée pour l'essentiel sur les clauses territoriales contenues dans un certain nombre d'instruments juridiques traitant de l'immunité des Etats, aux termes desquels celle-ci ne peut être invoquée lorsque les faits préjudiciables ont été commis sur le territoire de l'Etat du for par un agent de cet Etat présent sur ce territoire. En outre, l'*Areios Pagos* a souligné la gravité des crimes en question. Elle a ainsi confirmé le jugement de première instance.

³⁷ «Peraltro, il punto che soprattutto preme di sottolineare è intimamente collegato alla convinzione che la soluzione della questione dibattuta non possa corrispondere ad un esito di tipo meramente quantitativo e non possa dipendere, perciò, soltanto dal numero, maggiore o minore, delle decisioni che aderiscono all'una o all'altra posizione. In proposito deve osservarsi che se è vero che l'esame della prassi dei tribunali dei vari Stati costituisce uno strumento importante per l'accertamento del vigore delle norme consuetudinarie di diritto internazionale, è non di meno certo che il compito dell'interprete non può ridursi ad un computo aritmetico dei dati desunti dalla prassi...»

³⁸ Annexe 9.

³⁹ Annexe 17.

24

35. Après le prononcé de l'arrêt de l'*Areios Pagos*, les requérants qui avaient obtenu gain de cause par l'entremise de la préfecture de Voiotia devant le tribunal régional de Livadia ont tenté de faire exécuter le jugement 137/1997 sur des biens allemands sis en Grèce. En vertu de l'article 923 du code grec de procédure civile, cependant, un Etat étranger ne peut faire l'objet d'une mesure de contrainte sans l'autorisation du ministère de la justice. Or cette autorisation n'a pas été délivrée, le ministre n'ayant pas donné suite à la requête qui lui avait été soumise à cet effet. Les requérants ont néanmoins engagé une procédure d'exécution forcée, à laquelle l'Allemagne s'est opposée, demandant la suspension de la procédure visant à l'inscription d'une hypothèque judiciaire sur l'institut culturel Goethe à Athènes. La cour d'appel d'Athènes a finalement fait droit à la demande de l'Allemagne, faisant observer que la limitation prévue à l'article 923 poursuivait un but d'intérêt général, celui de ne pas troubler les relations internationales, et qu'elle était proportionnelle à ce but. Elle a ajouté que l'article 923 ne constituait pas non plus un déni du droit à la protection judiciaire effective (art. 6 de la convention européenne des droits de l'homme et article 2.3) du pacte international relatif aux droits civils et politiques) puisqu'il n'énonçait pas d'interdiction d'exécution absolue, mais exigeait seulement l'accord préalable du gouvernement. Un pourvoi formé devant l'*Areios Pagos* a été rejeté le 28 juin 2002. Des informations détaillées sur cette procédure quelque peu complexe sont exposées dans la partie factuelle de l'arrêt rendu par la CEDH en l'affaire *Kalogeropoulou* le 12 décembre 2002 (voir par. 36 ci-après)⁴⁰.

25

36. Les requérants ont alors formé une requête contre la Grèce et l'Allemagne devant la CEDH, invoquant l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Ils ont soutenu que ces deux gouvernements avaient porté atteinte à leur droit d'obtenir une protection judiciaire, tel que consacré par la disposition en question. La CEDH les a déboutés, rappelant d'abord la règle de l'immunité de l'Etat, issue de la maxime *par in parem non habet imperium*, et concluant que le fait d'accorder l'immunité à un Etat étranger poursuivait un but légitime. Elle a ensuite souligné que les dispositions de la convention européenne des droits de l'homme ne sauraient s'interpréter dans le vide, comme l'indiquait le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, lequel exigeait de tenir compte dans l'interprétation d'un traité de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Aussi convenait-il de la concilier avec les autres règles du droit international général, y compris celle de l'immunité souveraine. Enfin, la CEDH a déclaré ne pas juger «établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for».

37. Les requérants ont alors tenté de faire exécuter le jugement *Distomo* dans d'autres pays européens. Ils ont estimé pouvoir raisonnablement espérer avoir gain de cause en Italie, au vu de l'arrêt *Ferrini* rendu par la Cour de cassation. Sur leur demande, la cour d'appel de Florence, en vertu d'une décision («decreto») du 2 mai 2005⁴¹, a déclaré «exécutoire en Italie» («esecutivo in Italia») la décision du tribunal régional de Livadia qui condamnait l'Allemagne à rembourser les dépens de procédure judiciaire encourus en Grèce (2934,70 euros). Par décision du 6 février 2007⁴², la même cour d'appel a rejeté le recours formé par l'Allemagne contre cette décision, suivie par la Cour de cassation le 29 mai 2008⁴³. Le montant de 2934,70 euros majoré de certains frais est désormais exécutoire en Italie contre l'Allemagne.

⁴⁰ Requête n° 59021/00.

⁴¹ Annexe 18.

⁴² Annexe 19.

⁴³ Annexe 20.

26

38. Reprenant son argumentation précédente, la cour d'appel de Florence a ensuite déclaré exécutoire, par décision («decreto») du 13 juin 2006⁴⁴, la condamnation de l'Allemagne à payer les montants alloués aux requérants à l'issue de la procédure sur le fond. L'Allemagne a formé un recours le 2 août 2007. Dans les conclusions qu'il a présentées le 11 septembre 2008, l'*Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze* (bureau de Florence du Barreau de l'Etat) a fait observer que la décision du 13 juin 2006 devait être infirmée⁴⁵. Toutefois, dans un arrêt du 21 octobre/25 novembre 2008, la cour d'appel de Florence a rejeté le recours de l'Allemagne⁴⁶. Ce jugement fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, l'Allemagne tentant une nouvelle fois de convaincre cette dernière qu'elle fait fausse route. A ce jour, la procédure est toujours pendante.

39. Par la suite, les requérants se sont mis à la recherche de biens allemands pouvant faire l'objet de mesures de contrainte. Ils ont opté pour la Villa Vigoni, située dans le village de Loveno di Menaggio (province de Côme), sur les hauteurs du lac du même nom. La Villa Vigoni est un centre d'échanges culturels entre l'Allemagne et l'Italie. Elle a été léguée à l'Etat allemand en 1983 par Ignazio Vigoni, membre d'une famille traditionnellement attachée aux relations italo-germaniques, à la condition que la villa et le parc qui l'entoure accueillent un centre culturel. En 1986, un accord intergouvernemental⁴⁷ définissant le statut juridique de la Villa Vigoni a été signé entre les deux pays. Si l'Allemagne a conservé la propriété du bien immobilier, la gestion de l'entité a été confiée à une association fonctionnant sous le régime d'association en Italie et de «Verein» allemande en Allemagne. Chaque année, la Villa Vigoni reçoit des crédits prélevés sur le budget du ministère allemand de l'éducation et de la recherche ainsi que du ministère italien des affaires étrangères. Aux termes du paragraphe 3 de l'Echange de notes : «Les biens immobiliers devront être maintenus dans leur intégrité.»

27

40. En dépit du fait que la décision de la cour d'appel de Florence du 13 juin 2006 n'était pas encore revêtue de l'autorité de la chose jugée, les requérants ont néanmoins obtenu, le 7 juin 2007, l'inscription au cadastre d'une hypothèque judiciaire («ipoteca giudiziale») sur la Villa Vigoni. Le montant de cette hypothèque s'élève à 25 000 euros⁴⁸. L'Allemagne a contesté la décision rendue. Dans ses conclusions du 6 juin 2008 devant le *Tribunale di Como* (tribunal de Côme), le bureau de Milan du Barreau de l'Etat a demandé l'annulation de l'hypothèque judiciaire⁴⁹. Aucune décision définitive n'a encore été prise.

41. En outre, les requérants dans l'affaire *Distomo* ont récemment tenté de saisir des créances dues par les *Ferrovie dello Stato* à la Deutsche Bahn AG, la compagnie des chemins de fer allemande, entreprise de droit privé dont le capital est actuellement détenu par l'Etat allemand. La somme en question s'élève approximativement à 50 millions d'euros. L'Allemagne a contesté la demande des requérants tendant à obtenir une ordonnance de saisie-arrêt du *Tribunale di Roma* (tribunal de Rome). Une première audience, prévue le 17 mars 2009, n'a pu se tenir au motif que les parties intéressées n'avaient pas été convoquées en bonne et due forme. Une (deuxième) audience a été fixée au 2 octobre 2009.

⁴⁴ Annexe 21.

⁴⁵ Annexe 22.

⁴⁶ Annexe 23.

⁴⁷ Echange de notes constituant un arrangement concernant la création de l'Association «Villa Vigoni» en tant que Centre germano-italien. Bonn, 21 avril 1986, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1501, n^{os} 25828 et 25829, p. 57, annexe 24.

⁴⁸ Annexe 25.

⁴⁹ Annexe 26.

e) *Quelques exemples parmi les affaires les plus récentes*

28

42. Un grand nombre d'affaires sont actuellement pendantes devant les tribunaux italiens. Sept procédures ont été engagées devant le *Tribunale di Mantova* (tribunal de Mantoue) le 8 septembre 2004 (*Terzo Bosoni ; Alfeo Mutti ; Norma Secchi ; Lea Salardi ; Evaristo Trida ; Lido Cera ; Francesco Mazza*). Les requérants affirment que l'Allemagne est tenue de les indemniser au motif qu'ils ont été déportés en Allemagne et astreints au travail forcé. Le tribunal de Mantoue a conclu dans chaque cas qu'il n'était pas compétent. Cependant, des appels sont en instance devant la *Corte di Appello di Brescia* (cour d'appel de Brescia), et il y a lieu de croire qu'ils aboutiront puisque la Cour de cassation s'en tient à la jurisprudence établie par l'arrêt *Ferrini*.

43. L'une des procédures les plus récentes est celle de *Gamba et autres*, engagée devant le tribunal de Mantoue le 10 avril 2007 par 44 plaignants, auxquels se sont joints par la suite (le 11 mars 2008) trente autres demandeurs. Pour des raisons de compétence territoriale, l'affaire est à présent pendante devant le *Tribunale di Brescia* (tribunal de Brescia). Là encore, les requérants avaient été illégalement déportés en Allemagne, où ils avaient été soumis, en tant que travailleurs forcés, à des conditions de vie très rudes.

44. L'année 2009 a connu une nouvelle série d'actions collectives. Le 27 février, deux demandes ont été introduites devant le *Tribunale di Torino* (tribunal de Turin), la première (*Azzan et autres*) par dix requérants, et la seconde (*Baldi et autres*) par neuf autres. Tous ces plaignants souhaitent se joindre à l'action *Mantelli*⁵⁰. Une autre action en justice a été intentée en février 2009 devant le tribunal de Mantoue (*Currà et 32 autres requérants*).

29

45. L'Allemagne n'estime pas utile de décrire en détail toutes les instances actuellement pendantes devant la justice italienne. Depuis 2004, leur nombre n'a cessé de croître. A ce jour, près de 500 requérants ont engagé des actions civiles contre l'Allemagne, qui sont pendantes devant 24 tribunaux régionaux («tribunali») et quatre cours d'appel. La liste annexée au présent mémoire contient toutes les informations essentielles y afférentes⁵¹. L'Allemagne est donc ainsi constamment en procès, ce qui l'oblige à mobiliser des ressources considérables sur les plans financier et intellectuel. Une équipe spéciale de juristes chargée de suivre l'évolution de la situation avec ses multiples ramifications a dû être mise en place. Cette nécessité de suivre la façon de procéder des magistrats italiens dans les affaires en question et d'y répondre de manière appropriée en est venue à peser lourdement sur les relations bilatérales entre les deux Etats.

f) *Refus de reconnaître la compétence des tribunaux italiens*

46. Il convient de préciser d'emblée que l'Allemagne n'a jamais accepté l'exercice du pouvoir juridictionnel des tribunaux italiens dans les affaires citées plus haut. Chaque fois que l'Allemagne a comparu à une audience, elle n'a pas manqué de demander que ces actions en justice soient rejetées pour manque de pouvoir de juridiction. Si les tribunaux italiens avaient agi selon les règles, ils auraient rejeté ces instances «de leur propre initiative», en application des dispositions du paragraphe premier de l'article 6 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004, qui reflètent la position adoptée en droit international coutumier. L'Allemagne a néanmoins toujours donné suite à ces demandes, désirant appeler l'attention des juges sur l'obstacle juridictionnel de l'immunité souveraine, et a formé des recours dans le seul but d'informer les instances judiciaires supérieures compétentes de la position erronée adoptée par certains juges des juridictions inférieures. En choisissant de

⁵⁰ Voir plus haut par. 24.

⁵¹ Annexe 8.

30

collaborer avec la justice italienne, elle entendait l'aider à se corriger. L'Allemagne n'a d'ailleurs jamais contesté le bien-fondé des demandes formées à son encontre. Elle a toujours défendu le point de vue selon lequel les demandes au fond résultant d'événements remontant à la seconde guerre mondiale ne pouvaient être examinées devant les tribunaux italiens. En conséquence, l'objet du différend se limite clairement aux événements survenus après l'entrée en vigueur de la convention européenne applicable aux parties en litige.

IV. Le fond

47. Par sa pratique judiciaire, telle qu'exposée plus haut, l'Italie a manqué et continue de manquer à ses obligations juridiques internationales envers l'Allemagne. Elle est en premier lieu tenue de respecter le principe de l'immunité souveraine qui empêche les personnes physiques d'engager des poursuites contre un autre Etat devant les juridictions de l'Etat du for. Rien ne justifie qu'elle méconnaisse l'immunité de l'Allemagne en vertu de ce principe.

1. L'immunité souveraine en tant que principe fondamental du droit international

48. L'immunité souveraine est un principe fondamental de l'ordre juridique international actuel, un principe si largement reconnu que son existence n'a nul besoin d'être longuement démontrée. L'une des premières décisions couramment citées en la matière est la décision rendue aux Etats-Unis en l'affaire *The Schooner Exchange* par le juge Marshall, où il est dit que l'immunité trouve son ancrage dans la «parfaite égalité et l'indépendance absolue des souverains»⁵² [traduction du Greffe]. Avant la première guerre mondiale, et même pendant l'entre-deux-guerres, l'immunité absolue des Etats à l'égard de toute ingérence judiciaire constituait la théorie dominante quant à la portée *ratione materiae* de cette immunité⁵³.

31

49. Après la première guerre mondiale, on a commencé à s'interroger sur la portée *ratione materiae* de l'immunité juridictionnelle. Selon la théorie dominante, les Etats jouissaient d'une immunité absolue à l'égard de toutes sortes d'actions en justice intentées contre eux. Toutefois, lorsque l'Union soviétique, nouvelle venue sur la scène internationale, décida de mener des activités commerciales par l'entremise de sociétés d'Etat, il apparut de plus en plus injuste de conférer un statut privilégié aux activités commerciales d'Etats étrangers. Le grand tournant s'opéra en 1952 lorsque le conseiller juridique du département d'Etat américain, dans une lettre du 19 mai 1952⁵⁴, déclara qu'à l'avenir, lorsqu'il examinerait les demandes émanant de gouvernements étrangers relatives à la reconnaissance de leur immunité souveraine, le département d'Etat n'accepterait plus d'appliquer sans condition la théorie de l'immunité absolue mais opterait pour une conception restrictive, limitant l'immunité des Etats étrangers aux activités non commerciales.

50. Ce raisonnement, qui correspondait à une tendance de la jurisprudence des tribunaux italiens observée depuis déjà plusieurs décennies⁵⁵, a trouvé un écho positif dans la jurisprudence des tribunaux allemands. La Bundesverfassungsgericht (cour constitutionnelle), devant laquelle, en vertu du paragraphe 2 de l'article 100 de la loi fondamentale, toute règle générale de droit

⁵² 11 U.S. (7 Cranch) 116, 137.

⁵³ Voir, par exemple, Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2^e éd., Oxford, 2008, p. 204-211 ; rapport de la Commission du droit international (CDI) sur les travaux de sa trente-deuxième session, *Annuaire de la CDI 1980*, vol. II, deuxième partie, p. 142-157.

⁵⁴ «Lettre Tate», 26 (1952) Bulletin du département d'Etat, n° 984.

⁵⁵ Voir rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-troisième session, *Annuaire de la CDI 1991*, vol. II, deuxième partie, p. 37, note 111.

international peut être contestée par un tribunal allemand, s'est ralliée au consensus international reflété dans la lettre Tate par décision du 30 avril 1963⁵⁶, en précisant qu'une règle coutumière interdisant d'engager des procédures civiles devant les tribunaux d'autres Etats n'était plus valable pour les activités commerciales — *acta jure gestionis*. L'immunité souveraine devait désormais être considérée comme s'appliquant uniquement aux procédures relatives à des *acta jure imperii*.

32

51. A l'exception des Etats socialistes, presque tous les pays du monde ont, dans les années qui ont suivi, adopté la conception restrictive de l'immunité souveraine dans le cadre d'affaires intentées contre des Etats étrangers devant des tribunaux civils. Aux Etats-Unis, le jugement rendu en l'affaire *Alfred Dunhill of London c. République de Cuba*⁵⁷ s'est inspiré de la nouvelle doctrine, et cette nouvelle tendance s'est trouvée confirmée en 1983 dans l'affaire *Verlinden c. banque centrale du Nigéria*⁵⁸. Dans le même temps, les Etats-Unis ont fait voter une loi en 1976, le Foreign Sovereign Immunities Act⁵⁹ (FSIA, Loi sur les immunités des Etats étrangers), qui dispose que les Etats étrangers ne peuvent bénéficier de l'immunité dans les affaires commerciales. Le Royaume-Uni est finalement parvenu à s'écarter de la théorie de l'immunité absolue en 1977 dans l'affaire *Trendtex Trading Corporation c. banque centrale du Nigéria*⁶⁰. En 1978, la promulgation du State Immunity Act (Loi sur l'immunité des Etats) est venue confirmer cette nouvelle orientation⁶¹ et dans l'affaire *1° Congreso del Partido*⁶², la théorie restrictive de l'immunité souveraine a été également établie en *common law*. Dans la loi de 1978, l'exception majeure au principe de l'immunité exposé dans la section 1 touche aux «transactions commerciales» (par. 3.1). En France, cette nouvelle tendance s'était en partie fait jour bien avant que les pays de *common law* n'abandonnent leur ancienne position⁶³. Toutefois, jusqu'à aujourd'hui, la France n'a pas jugé souhaitable de promulguer une loi nationale spécifique destinée à régler la question. En Italie, une décision de la Cour de cassation du 6 juin 1974⁶⁴ a confirmé que l'activité d'un Etat étranger, même menée en territoire italien, était protégée contre toutes réclamations privées devant les tribunaux italiens «tant que l'activité concernée vise à l'exécution de ... fonctions publiques. L'immunité ne s'applique pas à une activité purement privée.»⁶⁵

52. La distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, entre les activités commerciales et les activités non commerciales, demeure aujourd'hui l'élément déterminant quant à la portée *ratione materiae* de l'immunité juridictionnelle des Etats. Les articles 5 et 10 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens⁶⁶ reflètent aujourd'hui cette distinction. Aux termes de l'article 5, qui vise à codifier une règle de

⁵⁶ 16 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 27 ; traduction anglaise : *ILR*, vol. 45, p. 57.

⁵⁷ 425 U.S. 682 (1976).

⁵⁸ 461 U.S. 480 (1983).

⁵⁹ *ILM* (1976), vol. 15, p.1388.

⁶⁰ Cour d'appel, *ILR*, vol. 64, p. 111 ; *ILM* (1977), vol. 16, p. 471.

⁶¹ *ILM* (1978), vol. 17, p. 1123.

⁶² [1983] 1 A.C. 244.

⁶³ Voir rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-troisième session 1991, vol. II, deuxième partie, p. 37, note 117 ; voir aussi Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, 2002, par. 290.

⁶⁴ Annexe 27. Traduction anglaise : *ILR*, vol. 65, p. 308.

⁶⁵ «Purché si tratti di un'attività diretta alla realizzazione dei loro fini pubblici, mentre l'immunità non spetta se vi sia stato esercizio di un'attività meramente privata».

⁶⁶ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 59/38, en date du 2 décembre 2004.

33 droit international coutumier⁶⁷, «[u]n Etat jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat, sous réserve des dispositions de la présente Convention».

La principale exception figure à l'article 10 de la convention des Nations Unies à l'égard des transactions commerciales :

«Si un Etat effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, les contestations relatives à cette transaction commerciale relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction.»

53. En outre, la convention des Nations Unies contient d'autres exceptions aux articles 11 à 17. Aucune n'est pertinente en l'espèce. L'article 12 (atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens) fera l'objet d'un examen détaillé dans un autre chapitre du présent mémoire.

54. Toutes les lois nationales promulguées dans les pays ayant suivi l'exemple américain et britannique s'appuient principalement, elles aussi, sur la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*. A l'instar de la convention des Nations Unies, elles ajoutent à cet élément essentiel un nombre limité de situations de fait dans lesquelles un Etat défendeur partie à une procédure devant les tribunaux d'un autre Etat est empêché d'invoquer l'immunité juridictionnelle. Toutefois, aucune de ces exceptions ne concerne les affaires relatives à l'occupation allemande de l'Italie pendant la seconde guerre mondiale récemment examinées par les tribunaux italiens.

34 55. Il n'existe pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des Etats aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces militaires pendant un conflit armé. Il a déjà été dit que la Cour de cassation n'avait pu invoquer de règle coutumière correspondant au paragraphe 1 *b*) de l'article 38 du Statut de la Cour. La pratique relative au règlement des réclamations nées d'un conflit armé est parfaitement constante. Les traités internationaux régissant les relations entre les Etats intéressés contiennent généralement des dispositions relatives au règlement de ces demandes d'indemnisation. Les réclamations résultant de la seconde guerre mondiale, en particulier, ont toutes été réglées par cette voie traditionnelle. Partant, il ne saurait exister d'*opinio juris* contraire. Tous les arguments invoqués par la Cour de cassation à l'appui de son raisonnement sont dénués de fondement solide en droit international positif. Pierre d'Argent a écrit à juste titre que l'immunité reconnue à l'Etat étranger n'avait pas tant pour but de protéger une souveraineté et de couvrir des violations du droit que, «remplissant une fonction systémique au sein du droit des gens», d'en confier la sanction à d'autres autorités que celles du for étranger saisi, selon d'autres mécanismes⁶⁸.

56. La position de l'Allemagne est pleinement confirmée par la pratique spécifique qui s'est développée concernant le règlement des réclamations nées de la guerre dans les relations entre les deux pays en litige. En vertu du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix signé entre les puissances alliées et l'Italie, celle-ci a dû renoncer à toutes ses revendications contre l'Allemagne

⁶⁷ Voir rapport de la CDI sur les travaux de sa trente-deuxième session, *Annuaire de la CDI 1980*, vol. II, deuxième partie, commentaire sur l'article 6, p. 156, par. 55 : «L'examen qui précède de l'évolution historique et juridique de la règle de l'immunité des Etats semble prouver amplement que ce principe est fondé en tant que norme générale du droit international contemporain.»

⁶⁸ P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles, 2002, p. 842.

et les ressortissants allemands liées à la période de la seconde guerre mondiale. En 1961, aux termes des deux traités prévoyant le règlement de toutes les réclamations en cours, l'Italie a déclaré une nouvelle fois, en son nom et au nom de l'ensemble de ses ressortissants, que les réclamations en question étaient toutes réglées. La validité de telles clauses de renonciation ne saurait être mise en doute. Tous les traités de paix conclus par les puissances alliées victorieuses avec les anciennes nations ennemies sont fondés sur ce principe qui n'a jamais été contesté. Les puissances alliées désiraient mettre un terme définitif à toute procédure contentieuse relative aux conséquences financières de la seconde guerre mondiale, et c'est dans cet esprit que l'Allemagne et l'Italie ont conclu les deux accords de 1961.

2. Les défauts et les incohérences de la jurisprudence de la Cour de cassation

35 57. Deux ans avant qu'elle ne rende son arrêt en l'affaire *Ferrini*, la Cour de cassation avait dû statuer sur la compétence des tribunaux civils italiens dans le cadre d'une procédure intentée par les proches de certaines victimes des bombardements aériens de l'OTAN contre l'ex-Yougoslavie pendant le conflit armé déclenché par les événements du Kosovo. La question de l'immunité souveraine n'avait pas été soulevée à l'époque car les requérants avaient fondé leurs demandes sur l'implication de l'Italie dans les opérations aériennes en question. Les victimes avaient trouvé la mort après l'effondrement du bâtiment de la station de radio et de télévision yougoslave à Belgrade soufflé par une bombe. Les requérants avaient donc demandé une compensation financière pour la perte subie (affaire *Markovic*). Ils avaient fait valoir que l'attaque d'une station de radio et de télévision équivalait à un crime de guerre au motif que ladite station ne constituait pas un objectif militaire. Rejetant ces arguments, la Cour de cassation avait déclaré :

«2. La demande attribue à l'Etat italien une responsabilité que l'on fait dépendre d'un acte de guerre, plus particulièrement d'une ligne de conduite des hostilités de guerre qui s'exprime par la guerre aérienne. Le choix d'une ligne de conduite des hostilités fait partie des actes de gouvernement. Ce sont des actes qui constituent la manifestation d'une fonction politique, et leur attribution à un organe constitutionnel est prévue dans la Constitution : fonction qui de par sa nature est telle que l'on ne peut faire valoir, par rapport à celle-ci, une situation d'intérêt protégé... Par rapport à des actes de ce type, aucun juge n'a le pouvoir de contrôler la façon dont la fonction a été exercée.»⁶⁹

En d'autres termes, la Cour de cassation était d'avis que l'examen judiciaire d'actes de guerre était exclu *a limine* devant les tribunaux civils ordinaires, appliquant ainsi la doctrine de *l'Act of State*. Il est parfaitement incohérent de changer d'orientation si peu de temps après, et d'affirmer la compétence de tribunaux italiens dans une instance introduite contre l'Allemagne. Manifestement, la Cour de cassation applique deux poids, deux mesures puisqu'elle protège ses propres forces armées contre toute demande de réparation, mais rejette toute déclaration d'incompétence lorsqu'est introduite une action en réparation liée aux activités militaires d'une nation étrangère.

58. Dans l'arrêt *Ferrini* (point 7.1), la Cour de cassation a tenté d'expliquer pourquoi elle s'était écartée de sa propre jurisprudence, faisant valoir que

36 «s'il est admis que le *modus operandi* de telles activités échappe à toute sanction lorsqu'elles sont accomplies sous la direction suprême des autorités publiques, cela ne saurait empêcher l'ouverture d'une enquête sur d'éventuels crimes commis dans le cadre de ces activités ainsi que sur les responsables de ces crimes... Par ailleurs, conformément au principe d'adaptation consacré au paragraphe premier de l'article 10

⁶⁹ Décision du 5 juin 2002, n° 8157, traduction anglaise : *ILR*, vol 128, p. 652, annexe 28, qui figure également dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans *Markovic*, 14 décembre 2006, requête 1398/03, par 18.

de la constitution italienne, les normes de droit international «généralement admises» qui sauvegardent, en tant que droits fondamentaux, la liberté et la dignité de la personne humaine, et qui qualifient de «crimes internationaux» les activités qui menacent gravement l'intégrité de ces droits, deviennent automatiquement partie intégrante du droit italien. A ce titre, elles constituent sans conteste un critère légitime dans l'appréciation judiciaire du préjudice causé par un acte délictueux ou commis à des fins criminelles.»⁷⁰ [Traduction du Greffe.]

Ces «explications» n'en sont pas. Premièrement, elles confondent la responsabilité pénale individuelle et l'immunité de l'Etat souverain. Deuxièmement, elles n'apportent aucune justification à l'idée selon laquelle l'immunité de l'Etat mis en cause peut être automatiquement écartée lorsque ce dernier est accusé d'avoir commis un crime international. Troisièmement, l'arrêt omet d'indiquer que dans l'affaire *Markovic* les requérants avaient expressément soutenu que le fait de prendre pour cible une station de radio et de télévision équivalait à un crime de guerre. L'incohérence de la Cour de cassation est donc manifeste.

37

59. Plus loin dans l'arrêt *Ferrini*, la Cour de cassation s'appuie essentiellement sur la gravité des violations du droit humanitaire international perpétrées par les forces allemandes en Italie et sur le fait qu'en matière pénale, les auteurs de crimes ne jouissent d'aucune immunité personnelle. En outre, elle fonde principalement ses conclusions sur l'arrêt de *l'Areios Pagos* en l'affaire *Distomo*. L'Allemagne ne conteste pas que des violations graves, voire des crimes, ont effectivement été commises par ses forces d'occupation en Italie. Ce serait néanmoins commettre une erreur fondamentale que de mettre sur le même plan l'immunité personnelle d'auteurs de crimes internationaux et l'immunité souveraine d'un Etat. Tout auteur de crime de guerre doit répondre de ses actes et nulle immunité personnelle ne saurait être invoquée devant les juridictions pénales mises en place par la communauté internationale. Aucune raison valable ne peut justifier le fait de ne pas imposer le châtement qu'ils méritent aux auteurs de crimes graves. La responsabilité civile d'un Etat pour les dommages de guerre relève toutefois d'un cadre conceptuel différent. La responsabilité d'une communauté nationale pour des actes préjudiciables orchestrés par ses dirigeants ne peut être illimitée. C'est pourquoi, comme il a été dit plus haut, il est d'usage dans le règlement des réclamations nées d'un conflit armé de conclure des accords globaux entre Etats. Ce moyen privilégié est par ailleurs parfaitement compatible avec un système dans lequel la personne lésée peut aussi jouer un rôle dans l'affirmation de ses droits en faisant fond sur des accords conventionnels spécifiques. Toutefois, s'agissant des réclamations pour dommages de guerre, un tel accord n'existe pas entre l'Allemagne et l'Italie. Compte tenu de la clause de renonciation contenue dans le traité de paix de 1947, il n'était d'ailleurs pas nécessaire de prévoir de régimes particuliers. D'autres points soulevés dans l'arrêt *Ferrini* seront examinés séparément dans le présent mémoire (voir ci-dessous).

60. La doctrine a critiqué très sévèrement l'arrêt *Ferrini*, et en particulier le fait que la Cour de cassation ait omis de faire la distinction entre les règles primaires du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui affirment certaines valeurs, et les règles secondaires, qui entrent en jeu lorsque ces règles primaires ont été violées. C'est ainsi qu'Andrea Gattini accuse la cour d'être «d'une superficialité navrante», relevant que «le simple activisme judiciaire ne suffit pas»⁷¹. Thomas Giegerich conclut que la cour «a oublié de mentionner que les règles de l'immunité sont l'expression de l'égalité souveraine des Etats,

⁷⁰ *ILR*, vol. 128, p. 665.

⁷¹ «War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 231 et 241.

laquelle constitue un autre principe fondamental du droit international»⁷². Dans un long article consacré à la question, Christian Tomuschat dénonce la confusion logique qui domine la décision *Ferrini*⁷³.

38

61. Les incohérences de la jurisprudence de la Cour de cassation sont particulièrement manifestes dans les ordonnances du 29 août 2008⁷⁴. Les passages clés de ces ordonnances ont déjà été cités. Le lecteur ne peut avoir aucun doute sur les bonnes intentions de la Cour de cassation. Les juges reconnaissent très ouvertement que le «droit» qu'ils désirent appliquer n'a aucun fondement dans les règles du droit international en vigueur. Selon eux, toutefois, compte tenu de la place accordée à certaines valeurs dans l'ordre juridique international actuel, il est légitime de faire évoluer le régime de l'immunité souveraine en donnant priorité à ces valeurs qui, selon eux, n'occupent pas encore la place qui leur revient en droit positif. De leur point de vue, l'importance capitale des droits de l'homme et de la dignité humaine l'emporte sur les règles traditionnelles fixant la portée de l'immunité de l'Etat *ratione materiae*.

62. Certes, le droit international ne se résume pas à un ensemble de normes parfaitement circonscrites et immuables. Bien entendu, il évolue, essentiellement sous l'effet des traités internationaux. Le droit coutumier évolue lui aussi, quoique plus lentement, comme en témoigne précisément le passage de la conception absolue à la conception restrictive de l'immunité souveraine, observé sur plusieurs décennies. Dans tous les cas, il ne peut y avoir de processus évolutif sans un vaste soutien politique. Les processus de réforme juridique doivent refléter les tendances du système de droit international dans son ensemble. On ne peut nier que dans le domaine de l'immunité souveraine, en particulier, les tribunaux nationaux aient joué un rôle considérable, étant donné la nature du sujet. Il n'appartient pas aux juges, cependant, de se placer aux avant-postes de ces processus. A cet égard, dans l'affaire *Jones*⁷⁵ jugée par la House of Lords britannique, lord Hoffmann a déclaré de façon convaincante, rejoignant ainsi les idées de Ronald Dworkin :

«Etablir une hiérarchie entre des principes concurrents en fonction des valeurs qu'ils reflètent est une méthode couramment utilisée par les tribunaux appelés à se prononcer sur une affaire. Une telle méthode ne peut néanmoins être adoptée en droit international, celui-ci reposant sur le consentement mutuel des nations. Il n'appartient pas à un tribunal national de «développer» le droit international en adoptant unilatéralement une version de ce droit qui, aussi souhaitable et prospective soit-elle sur le plan des valeurs qu'elle défend, n'est simplement pas acceptée par d'autres Etats.»⁷⁶ [Traduction du Greffe.]

39

63. Des auteurs italiens ont sévèrement critiqué le mode de raisonnement suivi par la Cour de cassation dans les ordonnances du 29 mai 2008. Francesca De Vittor⁷⁷ prend comme point de départ le fait que la Cour a reconnu son intention «de ne pas appliquer une norme déjà existante du

⁷² «Do Damages Claims Arising from *Jus Cogens* Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?», dans Christian Tomuschat et Jean-Marc Thouvenin (dir. publ.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, 2006, p. 222.

⁷³ «L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme», *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 2005, t. 109, p. 51 et suiv.

⁷⁴ Voir plus haut, par. 27.

⁷⁵ House of Lords, 14 juin 2006, *ILR*, vol. 129, p. 713.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 738.

⁷⁷ «Immunità degli Stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali : il caso Mantelli», *Diritti umani e diritto internazionale* 2, 2008, numéro 3, annexe 29.

droit international général, mais de contribuer plutôt à sa formation dans une situation d'incertitude juridique»⁷⁸. Carlo Focarelli soumet les ordonnances du 29 mai 2008 à une analyse rigoureuse et en démontre également l'incohérence logique⁷⁹. Il les juge «profondément contradictoires»⁸⁰. En fait, il est plutôt étrange pour un tribunal de déclarer ouvertement qu'il s'abstient d'appliquer le droit en vigueur et qu'il lui préfère de nouveaux concepts plus en accord avec certains idéaux de justice prônés par ses juges.

40

64. En résumé, on peut dire que la Cour de cassation est parvenue à des conclusions hâtives, que l'Italie n'était pas prête à accepter vis-à-vis d'elle-même. Tenter d'affiner des principes généraux en vue de les inscrire dans le droit procédural est une démarche intellectuelle complexe. C'est ainsi que la commission d'un crime international ne fonde pas automatiquement la compétence de la Cour internationale de Justice. Cette règle fondamentale a récemment été reconfirmée par la Cour en l'affaire de la *République démocratique du Congo c. Rwanda*⁸¹ (par. 64, 125)⁸². Enfin, la Cour de cassation n'a nullement tenu compte du fait que, lorsqu'elle a rendu sa décision en l'affaire *Ferrini*, l'Allemagne et l'Italie étaient convenues d'un système de règlement des réclamations nées de la guerre. Lorsqu'il a prononcé son jugement en l'affaire *Jones*, lord Bingham of Cornhill a déclaré en termes concis que l'arrêt *Ferrini* ne pouvait «être considéré comme un exposé exact du droit international tel qu'il est communément admis»⁸³ [traduction du Greffe]. Et d'ajouter, se référant à cet arrêt, que «de même qu'une hirondelle ne fait pas le printemps, un arrêt ne fait pas une règle de droit international», soulignant ainsi que l'arrêt *Ferrini* faisait cavalier seul dans la grande arène du droit international regroupant 192 Etats.

3. L'arrêt *Distomo* infirmé par le jugement rendu en l'affaire *Margellos*

65. D'un point de vue chronologique, c'est l'affaire *Distomo*, ayant elle-même débouché sur l'arrêt de l'*Areios Pagos*⁸⁴, qui a déclenché la série de procédures instituées contre l'Allemagne devant les tribunaux italiens. En effet, l'arrêt *Distomo* a été le premier arrêt de la plus haute instance d'un pays à affirmer que la commission de violations graves des droits de l'homme entraînait la perte de l'immunité juridictionnelle de l'Etat en cause dès lors que ces crimes avaient été commis sur le territoire de l'Etat du for. Le raisonnement quelque peu sommaire de l'*Areios Pagos* n'était guère convaincant et, de fait, peu de temps après, dans une affaire similaire, l'affaire *Margellos*⁸⁵, la Cour suprême spéciale grecque, qui remplit les fonctions d'une cour constitutionnelle et est donc hiérarchiquement plus élevée que l'*Areios Pagos*, a déclaré que la règle de droit international selon laquelle une instance ne pouvait être introduite contre un Etat étranger devant les tribunaux d'un Etat donné à raison d'un fait préjudiciable commis par les forces militaires de l'Etat défendeur continuait de s'appliquer. A l'appui de cette conclusion, elle a déclaré :

⁷⁸ La Cour de cassation déclare explicitement «di non applicare una norma di diritto internazionale generale esistente, ma di contribuire piuttosto alla sua formazione in uno stato di incertezza del diritto».

⁷⁹ «La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers», *RGDIP*, 2008, t. 112, p. 761 et suiv.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 768.

⁸¹ Affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006.

⁸² «La Cour estime enfin nécessaire de rappeler que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties.»

⁸³ *ILR*, vol. 129, p. 726, par. 22.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 513, 4 mai 2000.

⁸⁵ Arrêt du 17 septembre 2002, *ILR*, vol. 129, p. 526.

41

«Puisqu'il n'existe aucun texte ni aucune loi spécifiques énonçant une règle sur laquelle fonder une exception à l'immunité dans le cas d'une demande visant à établir la responsabilité de l'Etat pour un fait préjudiciable commis dans le cadre d'un conflit armé, cette cour ne peut elle-même formuler une telle règle ni en confirmer l'existence en l'absence de preuve manifeste dans la pratique internationale. La Cour ne saurait davantage extrapoler ladite règle à partir du principe selon lequel les Etats sont tenus de verser des indemnités pour des violations du droit de la guerre sur terre.»⁸⁶
[Traduction du Greffe.]

C'est ainsi que l'arrêt *Distomo* a perdu tout fondement. Force est de conclure que l'Italie demeure de fait le seul pays où l'immunité souveraine n'est pas respectée conformément au droit international général.

4. La pratique des Etats-Unis

66. Lorsqu'ils ont promulgué le FSIA en 1976, les Etats-Unis entendaient refléter, dans la plus grande mesure possible, les règles générales du droit international en vigueur à l'époque⁸⁷. Toutefois, cet alignement sur le droit international n'était pas considéré comme une nécessité. Aux Etats-Unis, le droit interne prévaut sur les traités internationaux⁸⁸ ; de même, ses dispositions remplacent les principes généraux du droit international⁸⁹. La proposition selon laquelle le droit international fait partie du droit interne du pays («international law is part of the law of the land»)⁹⁰ reste sujette à toute déclaration contraire à l'échelon national⁹¹. En tout état de cause, le FSIA ne prévoit pas le cas où le requérant affirme que l'Etat défendeur a commis des violations graves des droits de l'homme ou des violations du droit international humanitaire. A l'évidence, les organes législatifs n'ont pas considéré que l'immunité souveraine pouvait ou devait être levée dans pareilles situations.

42

67. Le fait que, dans sa version originale, le FSIA excluait l'introduction d'une instance contre des Etats étrangers même lorsque ceux-ci faisaient l'objet de graves accusations est apparu quelques années plus tard comme une carence de la loi. Il y a finalement été remédié en 1996 par l'adoption de l'Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act (Loi sur la lutte contre le terrorisme et l'application effective de la peine de mort)⁹², qui empêche les Etats d'invoquer l'immunité dans les affaires où les demandeurs tentent d'obtenir réparation pour préjudice corporel ou décès suite à un acte de torture, une exécution extrajudiciaire, le sabotage d'un aéronef, la prise d'otages ou la fourniture d'un appui matériel ou de ressources pour faciliter un tel acte, à condition

⁸⁶ *Ibid.*, p. 532.

⁸⁷ Voir Fox, note supra 53, p. 317 et suiv. «The Report of the House Committee on the Judiciary», septembre 1976, *ILM* (1976), vol. 15, p. 1402, qui indique que «le projet de loi codifierait le principe «restrictif» de l'immunité souveraine, tel que reconnu de nos jours en droit international» [traduction du Greffe].

⁸⁸ *Reid c. Covert*, 354 U.S. 1, p. 18 (1957).

⁸⁹ Voir American Law Institute (dir. publ.), *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1 (St. Paul, Minn., 1987), p. 63, par. 115 1).

⁹⁰ *Sabbatino*, 376 U.S., p. 423 (1964) ; *The Paquete Habana*, 175 U.S., p. 700 (1900).

⁹¹ Le département américain de la justice s'est même risqué à déclarer «que le droit international coutumier ne saurait lier le pouvoir exécutif en vertu de la Constitution, car ce n'est pas le droit fédéral». En particulier, le département de la justice a indiqué que «selon des précédents clairement établis de la Cour suprême, toute décision présidentielle dans le conflit actuel portant sur la détention et le procès de combattants d'*Al-Qaida* ou des *Taliban* constituerait un acte «déterminant» du pouvoir exécutif qui l'emporterait immédiatement et totalement sur le droit international coutumier» [traduction du Greffe]. Voir Frederic L. Kirgis, «Distinctions Between International and U.S. Foreign Relations Law Issues Regarding Treatment of Suspected Terrorists», www.asil.org/insight 138.cfm.

⁹² Du 24 avril 1996, *ILM* (1997), vol. 36, p. 759.

que l'Etat en cause ait été officiellement reconnu comme un commanditaire du terrorisme. Le Congrès a donc délibérément exclu toute forme d'automatisme.

68. En premier lieu, il convient de rappeler qu'une loi américaine n'a pas le pouvoir de changer unilatéralement le droit international. La coutume exige «une pratique générale acceptée comme étant le droit» (paragraphe 1 *b*) de l'article 38 du Statut de la Cour). Il est incontestable que les grandes puissances sont souvent les premières à poser de nouvelles règles. Toutefois, le succès de tels efforts, qui peuvent être considérés comme venant s'inscrire dans un long processus d'évolution du droit international, dépend du soutien d'un nombre suffisant de pays. Tel n'est pas le cas de l'élargissement de la portée du FSIA par la loi de 1996. Cette loi est généralement considérée davantage comme une émanation de la puissance effective des Etats-Unis que comme la manifestation d'une règle désormais érigée en règle du droit coutumier.

69. Il convient aussi de relever que la loi de 1996 est rédigée en des termes assez prudents. L'Etat défendeur doit absolument être reconnu comme un pays soutenant le terrorisme par le Gouvernement américain. Les tribunaux des Etats-Unis n'ont pas le pouvoir de déterminer de manière autonome si un Etat a commis l'une des activités inscrites sur la liste des crimes répertoriés. Enfin, seuls des actes individuels d'un caractère particulier sont visés. Les événements liés à un conflit armé ne figurent pas dans la liste des crimes pour lesquels des actions peuvent être intentées devant les tribunaux américains. A cet égard, il est intéressant de noter que le conseiller juridique du département d'Etat, William H. Taft IV, comparaisant en qualité d'*amicus curiae* devant la cour d'appel des Etats-Unis pour le circuit du district de Columbia en l'affaire *Hwang Geum Joo c. Japon*, une affaire de «femmes de réconfort», a déclaré que «toutes les demandes d'indemnisation liées à la seconde guerre mondiale devaient être réglées exclusivement au moyen d'accords intergouvernementaux»⁹³. Les juges de la cour d'appel ont soutenu ses conclusions, déclarant qu'il s'agissait en l'espèce d'une question politique non justiciable⁹⁴. La décision selon laquelle le règlement des réclamations nées d'un conflit armé devrait intervenir par négociation diplomatique et accords intergouvernementaux est également à la base de la loi de 1996.

43

70. Loin de confirmer la «tendance» visant à limiter davantage la portée de l'immunité souveraine, la loi de 1996 sur la lutte contre le terrorisme et l'application effective de la peine de mort vient plutôt conforter la position du demandeur selon laquelle il n'existe aucune pratique internationale pertinente qui pourrait le priver de son droit, sanctionné par le droit international général, de soulever des exceptions préliminaires à la compétence des tribunaux italiens contre toute tentative d'assignation devant ceux-ci à raison des événements survenus durant la seconde guerre mondiale.

5. La portée réduite de la clause territoriale

71. L'une des particularités de l'arrêt *Ferrini* rendu par la Cour de cassation est qu'il se fonde sur les clauses territoriales contenues dans des instruments internationaux et des lois internes, selon lesquelles un Etat ne saurait opposer son immunité souveraine à une demande résultant d'une activité souveraine préjudiciable si le préjudice a été causé sur le territoire de l'Etat du for par l'un de ses agents présents sur ce territoire. Or cet argument ne tient pas. Ces clauses territoriales, brièvement exposées ci-après, n'ont jamais eu pour objet des actes illicites commis lors d'un conflit armé. Il convient d'ajouter en outre que, parfois, notamment dans le cas des prisonniers de guerre italiens directement envoyés en l'Allemagne à partir de l'Albanie ou de la Grèce, les actes incriminés ne se sont pas déroulés sur le sol italien.

⁹³ *Amicus curiae* de novembre 2004, annexe 30.

⁹⁴ Arrêt du 28 juin 2005, annexe 31.

44 72. La convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972⁹⁵ constitue la première tentative de codification du droit relatif à l'immunité des Etats. Aux termes de l'article 11 de cette convention :

«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.»

Il ressort du rapport explicatif relatif à la convention européenne de 1972⁹⁶ que cet article ne vise que des événements ponctuels survenant dans le cadre de l'exercice courant d'activités diplomatiques ou consulaires. L'intention des auteurs n'était pas d'établir une règle qui s'étendrait aux conséquences de conflits armés. En effet, le rapport explicatif donne juste un exemple qui illustre parfaitement les limites de l'article :

«Par exemple, lorsqu'un véhicule appartenant à un Etat a été impliqué dans un accident de circulation, l'Etat propriétaire ou détenteur du véhicule peut être attiré en justice si le conducteur s'est trouvé sur le territoire de l'Etat du for, même si le demandeur ne fait pas appel à la responsabilité personnelle de ce conducteur.»⁹⁷

Il n'y a pas un seul exemple d'instance dans laquelle l'article 11 aurait constitué, dans l'un des Etats parties, un moyen de lever l'obstacle de l'immunité dans un différend ayant pour objet une demande découlant d'un conflit armé ou de la participation de forces militaires à une opération de l'ONU. En fait, selon l'article 31 de cette même convention de 1972, les activités des forces armées sont exclues du champ d'application de la convention. Cette clause d'exclusion corrobore la portée nécessairement limitée de l'article 11. Si les opérations militaires menées sur le territoire d'un autre Etat ne sont pas prises en compte, il ne reste pratiquement rien, si ce n'est des activités d'ordre logistique qu'il serait très difficile de qualifier d'actes «*jure imperii*» ou d'actes «*jure gestionis*» sans les avoir expressément définies. Un Etat qui, par l'intermédiaire de ses agents, intervient dans la circulation ou les transports publics d'un pays étranger, n'exerce pas les pouvoirs souverains qui lui sont propres. Il s'est néanmoins avéré utile de préciser que des activités «neutres» de cet ordre ne relevaient pas du domaine privilégié du pouvoir étatique.

45

73. Dans l'affaire *McElhinney*, la Cour suprême irlandaise a rendu une décision sur un incident qui avait eu lieu à la frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande, dans lequel était impliqué un soldat britannique intervenu à un moment donné en territoire irlandais⁹⁸. Faisant fond sur la disposition contenue à l'article 31 de la convention européenne de 1972, la Cour suprême a rejeté la demande formée contre le Royaume-Uni en invoquant le défaut de compétence, faisant valoir que, en tout état de cause, l'article 31 l'emportait sur l'article 11. Pour la Cour suprême, il s'agissait simplement d'une question d'interprétation des lois. Son arrêt a ensuite été confirmé par la CEDH auprès de laquelle le demandeur avait formé un recours, arguant que ses droits au titre de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme n'avaient pas été respectés.

74. La position juridique énoncée dans la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens est encore plus claire. Comme chacun sait, cette

⁹⁵ STE n° 74. L'Allemagne est partie à cette convention depuis 1990 ; l'Italie ne l'a pas ratifiée à ce jour.

⁹⁶ Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1972.

⁹⁷ *Ibid.*, art. [11].

⁹⁸ Décision du 15 décembre 1995, reproduite dans l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *McElhinney c. Irlande*, le 21 novembre 2001, requête 31253/96, par. 15.

convention est issue des travaux de la CDI, laquelle a, en 1991, adopté en seconde lecture le projet d'articles correspondant⁹⁹. Durant de longues années — jusqu'en 2004 —, ce projet est resté pendant devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Au cours de cette période, seules quelques modifications mineures lui ont été apportées. Le libellé de l'article 12 — la clause territoriale — n'a, quant à lui, pas été modifié. Le commentaire adopté en 1991 par la CDI revêt donc une pertinence particulière. Or, il n'y est pas fait la moindre référence à un préjudice causé par un conflit armé. La philosophie générale qui sous-tend l'article 12 est d'ailleurs très clairement précisée :

46

«Les dommages envisagés à l'article 12 concernent essentiellement le décès accidentel ou les dommages corporels ou matériels causés par des accidents de la circulation dus entre autres à des automobiles, des motocycles, des locomotives ou des canots automobiles. En d'autres termes, l'article vise la plupart des accidents causés lors du transport de biens et de personnes par la voie ferroviaire, routière, aérienne ou sur l'eau. La dérogation à la règle de l'immunité aura essentiellement pour effet d'empêcher qu'une compagnie d'assurances puisse se retrancher derrière l'immunité de l'Etat pour se soustraire à sa responsabilité envers les victimes d'un préjudice et à son obligation de réparer.»¹⁰⁰

75. Dans son commentaire, la CDI n'ajoute qu'une seule phrase à sa description de l'objet principal du projet d'article 12 (de l'époque), phrase qui se lit comme suit :

«Par ailleurs, la portée de l'article 12 est 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.»¹⁰¹

De toute évidence, ce n'est là rien de plus qu'une référence à des cas individuels d'infractions n'ayant aucun rapport avec des opérations menées à grande échelle pour atteindre des objectifs illégitimes, cas fréquents dans les périodes de conflit armé tel que celui — qui remonte à plus de soixante ans — auquel le présent différend se rapporte. Appliquer l'article 12 à des injustices commises à grande échelle, injustices dont les auteurs de la convention de 2004 n'ont jamais considéré qu'elles entraient dans le champ d'application de cette disposition, reviendrait à en déformer totalement l'objet et le but. L'affaire *Letelier*¹⁰², qui a été expressément mentionnée dans une note de bas de page se rapportant à l'extrait précité, peut notamment être considérée comme l'un de ces cas individuels. Le 21 septembre 1976, en plein cœur de Washington, des agents secrets du Gouvernement chilien avaient assassiné un ancien ambassadeur et ministre du gouvernement Allende, M. Orlando Letelier, en faisant exploser une bombe. Juger recevables des demandes individuelles relatives à des cas particuliers de cette nature, dans lesquels l'intégrité territoriale de l'Etat du for a été violée par des agents inconnus d'un gouvernement criminel, n'est pas du tout la même chose que de juger recevables des demandes individuelles qui s'inscrivent dans le contexte d'un conflit armé ayant fait des milliers, voire des millions, de victimes et dont les conséquences financières sont incalculables. L'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 ne saurait donc pas être considéré comme reflétant une nouvelle tendance en droit international. Tout au plus peut-on considérer qu'il existe une nouvelle tendance, perçue par certains auteurs au cours de ces dernières années, en ce qui concerne des cas individuels de violations flagrantes des droits de l'homme. S'agissant des conflits armés, en revanche, rien de tel ne peut être déduit de l'article 12.

⁹⁹ *Annuaire de la CDI 1991*, vol. II, deuxième partie, p. 13.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 46, par. 4.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Letelier c. République du Chili*, 748 F 2nd, p. 798 (2^e circuit. 1984), *ILR*, vol. 79, p. 561.

47

76. S'inscrivant dans le droit fil de la convention européenne de 1972, la plupart des législations nationales qui ont été adoptées par la suite — particulièrement dans les pays de *common law* — contiennent une clause territoriale excluant l'immunité dans les cas où les pertes ou dommages ont été causés par un acte ou une omission survenu sur le territoire de l'Etat du for. La première de ces clauses est le 5^e alinéa du paragraphe *a*) de l'article 1605 du FSIA, qui mentionne les cas où

«des réparations pécuniaires sont réclamées à un Etat étranger à raison d'un décès ou de l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne ... qui se sont produits aux Etats-Unis d'Amérique et ont été causés par l'acte ou l'omission illicite de cet Etat étranger ou de tout représentant ou employé de cet Etat étranger agissant dans le cadre de ses fonctions ou de son emploi» [*traduction du Greffe*].

Rien dans cette disposition ne laisse cependant supposer qu'elle était censée s'étendre aux réclamations liées à un quelconque conflit armé. Rien ne permet non plus de penser que, lorsque le FSIA a été adopté, les Etats-Unis d'Amérique aient envisagé que des forces armées étrangères puissent se comporter de manière hostile sur leur territoire. Dans l'affaire *République argentine c. Amerada Hess*¹⁰³, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a expressément confirmé que «l'objectif principal du Congrès, en adoptant le 5^e alinéa du paragraphe *a*) de l'article 1605, était d'exclure l'immunité d'un Etat étranger dans les cas d'accidents de la circulation et d'autres faits préjudiciables commis aux Etats-Unis d'Amérique»¹⁰⁴ [*traduction du Greffe*]. Cette précision a été apportée dans le cadre d'un différend dans lequel les propriétaires d'un navire qui avait été endommagé et rendu inutilisable lors d'une attaque aérienne de l'Argentine pendant la guerre des Falkland avaient demandé une compensation pécuniaire pour la perte financière qu'ils avaient subie. La demande formée contre l'Argentine fut jugée irrecevable, étant donné que le FSIA ne prévoyait pas la possibilité d'un recours à raison de violations du droit international autres que celles expressément mentionnées dans son texte (à l'époque : les biens pris en violation du droit international). Il serait donc erroné de prétendre que le FSIA a été adopté en vue de s'écarter de la définition restrictive de la portée de la clause territoriale donnée par la convention européenne de 1972.

48

77. Dans une allocution prononcée devant l'Assemblée générale, à l'occasion du débat de clôture sur le projet de convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (25 octobre 2004), les Etats-Unis d'Amérique ont confirmé leur interprétation restrictive de l'objet et du but des clauses territoriales contenues dans des instruments juridiques ayant trait aux immunités juridictionnelles :

«l'article 12 relatif aux procédures se rapportant à des actes illicites non commerciaux doit être interprété et appliqué systématiquement par référence à la distinction classique entre les actes de gouvernement et les actes de gestion. Il est tout à fait admissible de retenir la responsabilité de l'Etat, c'est-à-dire de lui refuser l'immunité juridictionnelle, à raison des actes ou omissions dont les particuliers pourraient être tenus responsables. La législation des Etats-Unis d'Amérique et celle de nombreux autres Etats ménagent cette possibilité. Toutefois, étendre la juridiction au mépris de la distinction entre le public et le privé reconnue par le droit international ce serait affaiblir les principes du droit international en vigueur et renvoyer devant les tribunaux internes de nouveaux désaccords et conflits qui relèveraient davantage d'instances internationales. Autrement dit, l'article 12 doit être interprété à la lumière de la pratique suivie par les Etats s'agissant des actes et omissions illicites de caractère privé pouvant être attribués à l'Etat, tout en respectant l'immunité de l'Etat à raison

¹⁰³ 488 U.S., p. 428.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 439.

des actes relevant du strict exercice des prérogatives de la puissance publique ou de sa qualité d'Etat souverain.»¹⁰⁵

Il s'agit là d'une position claire qui exclut toute extension injustifiée des clauses territoriales habituelles désormais contenues dans certains instruments récents, y compris la convention des Nations Unies de 2004.

78. La Loi sur l'immunité des Etats adoptée en 1978 par le Royaume-Uni¹⁰⁶ contient une clause territoriale similaire (art. 5). Celle-ci dispose, en des termes très clairs, qu'un Etat ne jouit pas de l'immunité dans les procédures relatives à des décès, des atteintes à l'intégrité physique d'une personne, des cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dans l'hypothèse où le préjudice en question a «été causé par un acte ou une omission *survenu au Royaume-Uni*»¹⁰⁷ [*traduction du Greffe*]. Au vu de son libellé, cette clause aurait pu être interprétée comme englobant effectivement les activités militaires menées sur le territoire du Royaume-Uni. Ce point est cependant clarifié au paragraphe 2) de l'article 16 ; les conséquences des activités militaires n'entrent pas dans le champ d'application de la loi, et il est précisé que

«cette partie de la présente loi ne s'applique pas aux actions relatives à un quelconque acte accompli par les forces armées d'un Etat stationnées au Royaume-Uni ou lié à cette présence ; cette disposition est subordonnée au Visiting Forces Act de 1952» [*traduction du Greffe*].

49 De toute évidence, en 1978, la seule hypothèse réaliste pour que des troupes étrangères soient présentes sur le sol britannique était qu'elles soient déployées dans le cadre d'accords conclus entre des nations amies, leur présence étant alors, sur le plan interne, partiellement régie par le Visiting Forces Act de 1952. Le Royaume-Uni a néanmoins veillé à exclure du champ d'application de la loi de 1978 l'ensemble des dommages causés par des activités militaires étrangères.

79. Les autres pays du Commonwealth qui ont, par la suite, adopté une loi relative à l'immunité des nations étrangères vis-à-vis de leur juridictions internes ont, pour la plupart, reproduit la loi sur l'immunité des Etats adoptée en 1978 par le Royaume-Uni, en ne lui apportant que quelques légères modifications. Le plus souvent, la portée *ratione materiae* exacte de la clause territoriale a également été précisée par une disposition soumettant les activités militaires des Etats étrangers à un régime spécial. Ainsi, le State Immunity Act adopté en 1979 par Singapour¹⁰⁸ exclut, dans son article 7, la possibilité de se prévaloir de l'immunité souveraine (en cas de dommage causé par un acte ou une omission survenu à Singapour) mais précise, à l'alinéa a) du paragraphe 2) de son article 19, que cette disposition ne s'applique pas «à un quelconque acte accompli par les forces armées stationnées à Singapour ou lié à cette présence» [*traduction du Greffe*]. Le Pakistan a opté pour un régime quelque peu différent dans la State Immunity Ordinance qu'il a adoptée en 1981¹⁰⁹. S'il a renoncé à y inclure une clause territoriale, il a, en revanche, veillé à exclure du champ d'application dudit texte «tout acte accompli par les forces armées d'un Etat stationnées au Pakistan, ou lié à cette présence» [*traduction du Greffe*] (alinéa a) du paragraphe 2) de l'article 17). Enfin, le State Immunity Act adopté en 1982 par le Canada¹¹⁰ s'est aligné sur ces précédents. D'un côté, cette loi affirme la compétence des tribunaux canadiens

¹⁰⁵ Nations Unies, doc. A/C.6/59/SR.13, 25 octobre 2004, par. 63.

¹⁰⁶ *ILM* (1978), vol. 17, p. 1123.

¹⁰⁷ Les italiques sont de nous.

¹⁰⁸ Reproduit dans Nations Unies (dir. publ.), *Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, New York, 1982, p. 28.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁰ *ILM* (1982), vol. 21, p. 798.

à l'égard des préjudices «qui se sont produits au Canada» (art. 6) [*traduction du Greffe*]. De l'autre, le Canada limite la portée de cette disposition en donnant la primauté à son Visiting Forces Act (art. 15). Il semble qu'il n'ait pas jugé utile d'envisager l'hypothèse de forces étrangères agissant sur son sol autrement que dans un cadre amical et conformément à un accord international, point de vue d'ailleurs tout à fait raisonnable en 1982.

50

80. Il existe deux lois nationales qui contiennent une clause territoriale sans exclure expressément de son champ d'application les conséquences d'un conflit armé. Il s'agit du Foreign Sovereign Immunity Act adopté en 1981 par l'Afrique du Sud¹¹² (art. 6), et du Foreign States Immunities Act adopté en 1985 par l'Australie¹¹³ (art. 13). L'explication la plus vraisemblable de cette omission est que les organes législatifs en question n'ont pas sérieusement envisagé la possibilité de la présence, sur leur sol, de forces étrangères. Quoi qu'il en soit, aucun de ces deux textes ne contient le moindre élément indiquant que des poursuites civiles puissent être engagées contre des Etats étrangers dans de tels cas. De surcroît, il n'existe pas le moindre précédent dans la jurisprudence interne de ces pays permettant d'étayer une interprétation extensive de ces deux clauses territoriales.

81. Un autre texte législatif ayant valeur d'exemple est la récente «Foreign States Immunity Law» israélienne (2008)¹¹⁴. Elle contient, en son article 5, la clause territoriale habituelle, mais précise, en son article 22, que

«les actions en justice introduites à raison d'un acte ou d'une omission commis par des forces militaires étrangères dont les droits et le statut en Israël ont été déterminés par un accord entre l'Etat d'Israël et l'Etat auquel ces forces militaires appartiennent sont régies par ledit accord» [*traduction du Greffe*].

Ce texte ne tranche donc pas la question de savoir si l'immunité vaut dans les cas où les forces militaires étrangères présentes sur le sol israélien n'y étaient pas invitées par un accord. On peut toutefois supposer que la Knesset a souhaité se conformer à la ligne de conduite générale qui avait jusqu'alors prévalu dans l'interprétation de la clause territoriale.

51

82. Enfin, l'Allemagne tient à rappeler qu'il y a quelques années, la Cour de cassation a reconnu l'immunité juridictionnelle des Etats-Unis d'Amérique à l'égard de vols militaires d'entraînement effectués au-dessus du territoire italien et qui avaient été à l'origine de plusieurs accidents mortels¹¹⁵. La question de l'immunité souveraine est examinée en détail dans cette décision. La Cour de cassation y écarte avant tout l'argument selon lequel cette immunité devrait être exclue si les activités en question entraînent une violation de certains droits de l'homme fondamentaux, l'arrêt précisant que les conséquences potentiellement préjudiciables de vols militaires d'entraînement en ce qui concerne le droit à la vie, à l'intégrité physique et à la santé des personnes ne saurait annuler un principe qui, en vertu du paragraphe 2) de l'article 10 de la Constitution italienne, a été intégré dans l'ordre interne italien. Selon la Cour de cassation, c'est la nature des activités en question, et elle seule, qui revêt une importance cruciale. En revanche, le fait que les accidents en cause s'étaient tous produits sur le territoire italien n'est nulle part mentionné dans l'arrêt.

¹¹² *Ibid.*, p. 34.

¹¹³ *ILM*, vol. 25, par. 715 (1986).

¹¹⁴ Annexe 32.

¹¹⁵ *FILT-CGIL Trento et autres c. les Etats-Unis d'Amérique*, 3 août 2000 ; traduction anglaise : *ILR*, vol. 128, p. 644, annexe 33.

6. Arguments fondés de manière erronée sur la norme de *jus cogens*

83. L'arrêt *Ferrini* abonde en observations selon lesquelles la supériorité juridique des normes enfreintes de 1943 à 1945 par les unités militaires allemandes responsables des crimes sur lesquels les différents demandeurs fondent leurs prétentions doit prévaloir sur l'immunité souveraine de l'Allemagne. Si la Cour de cassation ne fait pas expressément référence au *jus cogens* dans cet arrêt, tous les arguments qu'elle avance s'inspirent à l'évidence de cette théorie. Ainsi, au paragraphe 9 de l'arrêt, déclare-t-elle que les crimes internationaux, tels que ceux perpétrés par les forces armées allemandes, constituent de graves violations des droits de l'homme fondamentaux — droits qui

«sont protégés par des normes auxquelles il ne saurait être dérogé, qui sont au cœur de l'ordre international et qui prévalent sur toutes les autres normes conventionnelles et coutumières, y compris celles qui ont trait à l'immunité de l'Etat»¹¹⁶ [traduction du Greffe].

Dans cette même logique, elle poursuit (au paragraphe 9.1) :

«[i]l ne fait aucun doute qu'en cas de contradiction entre deux normes également contraignantes, c'est la norme ayant le statut le plus élevé qui doit prévaloir»¹¹⁷ [traduction du Greffe].

Enfin (au paragraphe 10.2), elle souligne le statut prioritaire

«qui, dans le cas d'activités criminelles particulièrement graves, est désormais accordé à la protection des droits de l'homme fondamentaux, laquelle prime sur la protection des intérêts de l'Etat à travers la reconnaissance de l'immunité de juridiction à l'égard des tribunaux étrangers»¹¹⁸ [traduction du Greffe].

52

84. Des arguments juridiques comparables, quoique moins développés, ont été avancés dans les ordonnances du 29 mai 2008, qui mettent l'accent sur l'extrême gravité des actes illicites ayant motivé les instances dont il est ici question. Il convient de souligner là encore que la Cour de cassation elle-même n'était pas convaincue par son propre raisonnement, puisqu'elle s'est bornée à déclarer que «l'on serait fondé à en conclure qu'un principe limitant l'immunité d'un Etat qui a commis des crimes contre l'humanité était «en voie de constitution»»¹¹⁹. Il est bien entendu extrêmement difficile d'asseoir l'existence d'une règle sur des fondements aussi peu solides.

85. Il convient de noter tout d'abord que la théorie de la hiérarchie des normes constitutives de l'ordre juridique international n'a été officiellement consacrée qu'en 1969, lors de l'adoption de la convention de Vienne sur le droit des traités. Il a alors été reconnu, pour la première fois, qu'un traité pouvait être nul s'il était en conflit avec une «norme impérative du droit international général» (articles 53 et 64). Auparavant, il était unanimement admis dans la pratique que les droits et obligations découlant du droit international avaient tous le même rang hiérarchique. A l'époque où ont été commises les violations sur lesquelles les plaignants tentent de fonder leurs demandes, la

¹¹⁶ *ILR*, vol. 128, p. 668.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 669.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 673.

¹¹⁹ «Un principio limitativo dell'immunità dello Stato che si sia reso autore di crimini contro l'umanità può presumersi «in via di formazione»».

53

notion juridique de *jus cogens* n'existait pas¹²⁰. Par conséquent, l'application de la norme de *jus cogens* aux événements tragiques de la seconde guerre mondiale n'est pas conforme aux règles générales de l'applicabilité temporelle du droit international. Toute conduite doit s'apprécier à l'aune des normes en vigueur au moment où elle est adoptée. C'est ce qui sera examiné plus en détail au chapitre 7 (par. 91 et suiv.) du présent mémoire.

86. La principale critique à adresser à la Cour de cassation pour avoir (implicitement) fait fond sur les règles de *jus cogens* tient à son interprétation large desdites règles. Par exemple, il est incontestable que le génocide est interdit par le *jus cogens*. Les fondements juridiques de cette interdiction se trouvent à la fois dans la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et dans les règles générales (antérieures) du droit international. Tout traité en vertu duquel deux Etats devraient de commettre un génocide serait considéré comme nul et non avenu en vertu de l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international général. Serait également considéré nul et non avenu, selon les interprétations actuelles, tout acte juridique unilatéral destiné à faciliter un génocide. La règle de *jus cogens* vise principalement à empêcher les génocides. Tout instrument juridique qui aurait pour objet de promouvoir, faciliter ou tolérer un génocide ne saurait être considéré comme valide dans l'ordre juridique international.

54

87. Or c'est un problème totalement différent qu'il faut résoudre lorsqu'un acte de génocide a effectivement été commis. Les solutions doivent être recherchées dans le régime général de la responsabilité internationale. La convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ne régit qu'un seul aspect de cette vaste question en disposant que les personnes ayant commis un génocide «seront punies» (article IV). Elle ne contient aucune autre disposition plus détaillée sur le régime applicable en matière de responsabilité, indiquant ainsi implicitement que ce sont les règles générales qui s'appliquent — et qui, bien entendu, évoluent avec le temps. L'une des règles fondamentales au centre des valeurs défendues par la communauté internationale est l'interdiction du génocide. Un manquement à cette règle fondamentale entraîne des conséquences qui sont régies par des règles secondaires. Naturellement, ces règles secondaires peuvent être influencées par la valeur absolue accordée à cette règle première. Mais un Etat qui ne prévoit pas de voie de recours contre un auteur présumé d'actes de génocide ou de torture ne devient pas pour autant complice de génocide ou de torture¹²¹. Il n'existe aucun régime spécial exhaustif s'appliquant à la violation d'une règle de *jus cogens*. Surtout, ce type de régime spécial ne peut être librement inventé. Puisque le droit international repose essentiellement sur le consentement des Etats, c'est dans la pratique générale de ceux-ci qu'il faut chercher les réponses à chacune des questions qui se posent lorsque l'on doit déterminer les conséquences d'une violation d'une règle de *jus cogens*. Lorsqu'il a dû se prononcer sur une action en justice intentée contre l'Organisation des Nations Unies à raison du génocide commis à Srebrenica, le *Rechtbank 's-Gravenhage* (tribunal régional de La Haye) a défini comme suit la situation juridique :

«Ni le texte de la convention sur le génocide ni aucun autre traité, ni aucune règle de droit international coutumier, ni la pratique des Etats ne contiennent de dispositions en vertu desquelles les tribunaux néerlandais sont tenus d'assurer, dans le cadre d'une procédure civile, l'application des normes énoncées dans la convention sur le génocide. Il incombe aux parties contractantes de réprimer tout acte de

¹²⁰ Voir, par exemple, Robert Kolb, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris, 2001, p. 23 ; Erika de Wet, «The [Prohibition] of Torture as an International Norm of *jus cogens* and its Implications for National and Customary Law», *EJIL*, vol. 15, 2004, p. 111.

¹²¹ Voir Lord Hoffmann in *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (Royaume d'Arabie saoudite)*, *ILR*, vol. 129, p. 713, par. 44 : «Le *jus cogens* pose l'interdiction de la torture. Mais le Royaume-Uni, en accordant l'immunité d'Etat au Royaume d'Arabie saoudite n'entend voir torturer personne. Le Royaume d'Arabie saoudite, de son côté, en revendiquant l'immunité, ne justifie aucunement l'utilisation de la torture.»

génocide au sens de ladite convention, dans les limites fixées par son article VI. De même, ainsi qu'il a déjà été indiqué, les Etats sont tenus de prévenir les génocides et, par voie de conséquence, de ne pas en commettre eux-mêmes. Si les Etats sont également tenus d'énoncer les obligations relatives à l'extradition de personnes soupçonnées de génocide, la convention ne prévoit pas l'exécution, dans le cadre d'une action civile, des mesures d'interdiction du génocide (ni la moindre obligation y afférente).»¹²² [Traduction du Greffe.]

55

88. Deux exemples tirés de la jurisprudence de la Cour suffiront à renforcer les observations qui précèdent. L'attention a déjà été appelée sur le fait que la violation d'une règle de *jus cogens* n'entraîne pas de dérogation aux règles énoncées dans le Statut en vertu desquelles la compétence de la Cour repose sur le consentement. Aucun Etat n'est tenu de répondre à une requête introduite contre lui s'il n'a pas consenti, ou s'il ne consent pas, à un règlement judiciaire du différend, tel que prévu à l'article 36 du Statut. L'affaire relative au *Mandat d'arrêt*¹²³ prouve qu'un haut fonctionnaire ne perd pas son immunité fonctionnelle devant les juridictions internes s'il est accusé d'avoir commis un crime contre l'humanité. Ne pas tenir compte de la protection découlant de l'immunité peut avoir des conséquences extrêmement préjudiciables, sans commune mesure avec la victoire morale que représente la possibilité d'engager une procédure judiciaire contre un défendeur, que ce soit devant des juridictions civiles ou pénales.

89. Autrement dit, il faut faire soigneusement la distinction entre les règles principales — les règles fondamentales — et les règles secondaires applicables. Il n'y a aucun lien mécanique entre ces deux catégories. Le Gouvernement des Etats-Unis a fait valoir de manière convaincante, dans son mémoire déposé à titre d'*amicus curiae* dans l'affaire *Sampson v. Federal Republic of Germany*, que l'*amicus curiae* intervenant au nom du demandeur avait confondu «les normes de comportement substantielles et les méthodes qu'il conviendrait de mettre en œuvre pour remédier aux violations de ces normes»¹²⁴, et la cour d'appel du 7^e circuit s'est rangée à cet avis, déclarant que, même si les juridictions étaient priées d'éviter de se trouver en désaccord avec le droit international,

«[l]e droit international en soi n'exige pas que l'article III [de la Constitution des Etats-Unis] s'étende aux souverains étrangers. En d'autres termes, bien que des normes de *jus cogens* puissent s'appliquer à l'immunité souveraine lorsque se pose la question de savoir si le droit international en soi prescrit l'immunité — comme lors des procès de Nuremberg, par exemple —, les normes de *jus cogens* n'exigent pas que le Congrès (ni aucun gouvernement) crée une compétence.»¹²⁵ [Traduction du Greffe.]

90. La nullité des traités qui enfreignent une règle de *jus cogens* constitue essentiellement une mesure préventive destinée à lutter contre le risque que ne se produisent des événements particulièrement graves. Lorsque, malheureusement, ce risque se concrétise, nombreuses sont les réactions possibles. Il est tout à fait significatif que les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite disposent que les Etats ont le devoir de «coopérer» (paragraphe 1 de l'article 41) en cas de violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. En d'autres termes, les articles n'ouvrent pas la voie à des mesures unilatérales d'«autoprotection». Dans des situations de transition, lorsqu'un peuple a

¹²² Arrêt du 10 juillet 2008, annexe 34.

¹²³ *C.I.J. Recueil 2002*, par. 58 et 60.

¹²⁴ Annexe 35.

¹²⁵ 250 F., 3^d, p. 1145 (7^e circuit 2001).

56

traversé une période sombre de son histoire et tente de mettre en place de nouvelles institutions démocratiques conformément aux règles de droit, toutes les possibilités doivent être explorées. Mais surtout, il faut réfléchir à des solutions réalistes. Lorsqu'un Etat s'est livré à une guerre d'agression ayant causé de graves préjudices à d'autres nations, la question qui se pose inévitablement est celle de savoir dans quelle mesure il peut être tenu financièrement responsable. Dans l'accord de Potsdam, il était spécifié que le peuple allemand devait porter la responsabilité «dans la plus grande mesure possible» (chapeau du chapitre IV). L'histoire nous a effectivement enseigné que le fait d'exiger la réparation intégrale des dommages de guerre déstabilisait inévitablement le pays débiteur et pouvait avoir des conséquences catastrophiques. Permettre à chaque victime d'intenter une action en réparation pour dommage de guerre est une solution tout à fait inadaptée, étant donné que les juridictions internes des «pays victimes» ne ménagent généralement pas leurs efforts pour que soient allouées à leurs ressortissants d'importantes réparations pécuniaires dépassant facilement les capacités financières d'un Etat débiteur¹²⁶. La raison exige de mettre en place une sorte de procédure de liquidation judiciaire qui ne peut fonctionner que dans un cadre intergouvernemental, c'est-à-dire suivant les règles classiques de l'indemnisation collective, en particulier à la suite d'un conflit armé. Dans le cas contraire, aucune distribution équitable des montants disponibles aux fins de l'indemnisation financière ne pourrait être assurée. Juger qu'un crime international a été commis ne conduit donc pas nécessairement à conclure qu'une victime doit se voir offrir un recours individuel.

7. Application rétroactive de la doctrine sur laquelle s'appuie la Cour de cassation

57

91. La Cour de cassation commet une autre erreur lorsqu'elle étend la doctrine de l'immunité restreinte, sur laquelle elle se fonde de manière originale, à des événements datant de plus de soixante ans. Lorsque les forces de l'armée allemande se trouvaient sur le sol italien en tant que forces ennemies, entre 1943 et 1945, la doctrine de l'immunité souveraine absolue régnait de manière incontestée. A cette époque, seuls les tribunaux belges et italiens osèrent, dans quelques décisions, rejeter l'immunité souveraine en tant que moyen de défense dans des affaires relatives à des activités commerciales. Ce fut la «lettre Tate» qui, fondée sur un consensus général, opéra un tournant radical en 1952. Depuis cette date, comme nous l'avons montré plus haut, la pratique judiciaire distingue deux catégories d'actes accomplis par l'Etat : les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Déroger rétroactivement au principe de la souveraineté absolue viole les principes généraux du droit international. Etablir de nouvelles catégories de cas qui ne seraient pas couverts par l'immunité souveraine et appliquer cette nouvelle doctrine rétroactivement est plus discutable encore.

92. Les règles qui régissent l'immunité souveraine sont intrinsèquement des règles substantielles du droit international. Elles découlent du principe de l'égalité souveraine tel qu'énoncé au paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, profondément ancré dans le droit international coutumier. Aucun Etat n'est soumis au pouvoir souverain d'un autre Etat à moins que les parties concernées n'en aient décidé autrement d'un commun accord, conformément au principe bien connu *par in parem non habet jurisdictionem*. Même si une procédure civile devant une juridiction civile fait invariablement intervenir un requérant privé et même si l'immunité souveraine constitue essentiellement un moyen procédural de défense dans ce type d'instance, la relation en cause entre les deux Etats concernés, l'Etat du for et l'Etat défendeur, intéresse peu, voire nullement, la procédure. La question est celle de l'étendue des pouvoirs souverains d'un Etat vis-à-vis d'un autre Etat. Il faut mettre en balance la juridiction territoriale de l'Etat du for avec les droits souverains de l'Etat attrait en justice en tant que défendeur. Le fait est

¹²⁶ Les montants excessifs parfois accordés par des juges américains à l'issue de procédures engagées à l'encontre d'Etats étrangers aux fins de l'obtention de réparations financières en vertu de l'*Alien Tort Claims Act* (plus de 200 millions de dollars dans certains cas) sont bien connus et n'appellent aucun commentaire.

que, jusqu'en 1952, cet exercice aboutissait systématiquement à la réaffirmation du principe de l'immunité juridictionnelle.

58

93. Dire que les faits de la vie internationale doivent être appréciés au regard du droit en vigueur à l'époque où ils sont survenus tient du lieu commun. Il est généralement admis que le célèbre *dictum* de Max Huber, énoncé en 1928 dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, formule correctement la solution juridique : «un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque, et non à celle du droit en vigueur au moment où s'élève ou doit être réglé un différend relatif à cet acte»¹²⁷. En ce qui concerne les traités internationaux, la convention de Vienne sur le droit des traités prévoit expressément (art. 24) qu'ils n'ont pas d'effet rétroactif. Il en va de même des règles générales du droit coutumier. Le principe du non-recours à la force, par exemple, formulé pour la première fois dans le pacte Briand-Kellog de 1928, réaffirmé et renforcé par la Charte des Nations Unies (paragraphe 4 de l'article 2) et également cristallisé en règle de droit coutumier, ne saurait s'appliquer à des opérations militaires antérieures à 1928. De même, avant la création de l'Organisation des Nations Unies, les droits de l'homme existaient en tant qu'idéal moral et philosophique, mais non en tant que concept juridique. Il a de fait été reconnu dans de nombreuses décisions judiciaires que le droit coutumier ne produisait pas, en principe, d'effet rétroactif. L'avis consultatif donné par la Cour dans l'affaire du *Sahara occidental* en est un exemple édifiant. L'Assemblée générale avait demandé à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si le Sahara occidental était un territoire sans maître (*terra nullius*) à l'époque de la colonisation espagnole, qui débuta en 1884. Selon la Cour, il ne faisait aucun doute que la question devait «être interprété[e] eu égard au droit en vigueur à l'époque»¹²⁸. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour a, de la même façon, fait observer que :

«la validité d'un traité conclu à une époque aussi lointaine que le dernier quart du dix-huitième siècle, dans les conditions qui régnaient alors dans la péninsule indienne, ne doit pas être appréciée sur la base de pratiques et de procédures qui ne se sont développées depuis lors que graduellement»¹²⁹.

On ne saurait réécrire l'histoire pour en redessiner les contours juridiques. Les règles de droit évoluent avec le temps, mais il est impossible d'appliquer le droit du XXI^e siècle au XX^e. Un fait aggravant en l'espèce est que les nouvelles règles sur lesquelles la Cour de cassation prétend fonder les décisions précitées ne sont pas devenues de véritables règles du droit international positif, reflet d'une pratique générale, mais sont demeurées des constructions de l'activisme judiciaire.

59

94. Il est vrai, par ailleurs, que M. Huber a reconnu que les régimes juridiques ne pouvaient jamais être pétrifiés et qu'ils étaient susceptibles d'évoluer :

«Le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit, exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit.»¹³⁰

Or cette position renvoie aux effets permanents d'une situation créée soit par un traité soit par la coutume. Elle ne véhicule pas l'idée selon laquelle des effets juridiques produits par le passé se modifient continuellement au fil du temps. En particulier, les faits internationalement illicites ne

¹²⁷ *Arbitrage relatif à l'île de Palmas*, Cour permanente d'arbitrage, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II. [Traduction française : Ch. Rousseau, *Revue générale de droit international public*, 1935, t. XLII, p. 180.]

¹²⁸ *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 38, par. 79.

¹²⁹ *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, par. 37.

¹³⁰ *RSA*, vol. II. [Traduction française : Ch. Rousseau, *Revue générale de droit international public*, 1935, t. XLII, p. 180.]

produisent des effets juridiques qu'au moment où ils sont commis à moins d'avoir un caractère continu (article 14 des articles de la CDI sur la responsabilité des Etats), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. L'auteur français M. Jean Combacau fait observer à propos des faits internationalement illicites : «Alors que, dans le fait instantané, le délit s'épuise au moment même où il s'accomplit, la durée entre en jeu dans toutes les autres figures du délit...»¹³¹

Les actes illicites des forces armées du III^e Reich furent commis entre 1943 et 1945. Depuis cette époque, aucun nouvel effet dommageable n'est venu s'ajouter au préjudice causé à l'origine. Selon certaines opinions convaincantes de la littérature juridique, le principe qui veut que toute obligation juridique soit interprétée dans le contexte dans lequel elle s'inscrit ne peut servir à redessiner les contours d'un rapport juridique établi conformément à la règle *tempus regit actum*. Dans un article consacré spécialement à la question du droit intertemporel, Mme le juge Rosalyn Higgins a indiqué :

60

«une approche qui se borne à exiger que les traités relatifs aux droits de l'homme, en raison de leur nature, soient interprétés conformément au droit international contemporain ou aux préceptes de la société, se garde bien d'imposer aux Etats auxquels incombent ces obligations de remettre en question des actes juridiques ou de verser des indemnités pour s'être autrefois «incorrectement acquittés» de leurs obligations»¹³² [traduction du Greffe].

En termes plus généraux, M. Joe Verhoeven a écrit :

«L'acquis est fait pour l'essentiel de l'ensemble des situations créées ou des actes accomplis sous l'empire des règles ou des décisions qui étaient en vigueur à l'époque, peu importe d'ailleurs qu'elles aient par la suite cessé de l'être... Dans cette mesure, il se comprend que l'acquis représente pour l'essentiel un interdit, plaçant ce qui s'est passé à l'abri de mises en cause déchirantes.»¹³³

95. Les faits internationalement illicites appartiennent au passé. A la différence d'un traité international, ils ne créent pas de régime dynamique qu'il faut adapter continuellement aux changements de circonstances. L'ensemble des droits et obligations auxquels les actes ont donné naissance est déterminé une fois pour toutes. Bien entendu, les règles de procédure permettant de les faire valoir devant la Cour ou devant toute autre instance judiciaire internationale peuvent bien évidemment changer. L'immunité souveraine ne saurait cependant être réduite à une simple règle de procédure. Elle définit le lien substantiel entre Etats souverains, en garantissant le bon ordre au sein de la communauté internationale. En particulier, l'immunité souveraine empêche les grandes puissances d'établir des mécanismes hégémoniques qui jouent invariablement en leur faveur.

96. Dans son arrêt en l'affaire *Altmann v. Austria*¹³⁴, rendu en 2004, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé que le FSIA pouvait s'appliquer à des affaires antérieures à son adoption. La procédure avait été engagée par l'héritière d'un collectionneur d'art autrichien d'origine juive qui, dans les années qui suivirent l'*Anschluss*, fut dépossédé par le régime nazi d'un certain nombre de célèbres peintures de Gustave Klimt. Dans cette affaire, la Cour suprême a appliqué l'exception d'expropriation garantie au 3^e alinéa du paragraphe a) de l'article 1605 du FSIA, qui lève

¹³¹ «L'écoulement du temps», Société française pour le droit international (dir. publ.), *Le droit international et le temps*, Paris, 2001, p. 88.

¹³² «Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law», *Theory in International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague et autres, 1996, p. 176.

¹³³ «Les conceptions et les implications du temps en droit international» dans *Le droit international et le temps* (voir note *supra* n° 131), p. 22.

¹³⁴ 541 U.S., p. 677 (2004).

61 expressément l'immunité pour certains cas de privation des droits de propriété en violation du droit international. L'arrêt a été sévèrement critiqué par certains auteurs de la doctrine juridique aux Etats-Unis mêmes¹³⁵. Quoi qu'il en soit, cette décision ne saurait influencer sur le présent différend.

97. Il convient de noter tout d'abord que la Cour suprême des Etats-Unis n'a nullement rendu son arrêt en se plaçant dans le cadre conceptuel du droit international. Elle s'est intéressée exclusivement au FSIA, en cherchant à découvrir les intentions de ses auteurs. Dans son arrêt, la Cour suprême a longuement débattu d'une affaire antérieure — l'affaire *Landgraf*¹³⁶ — qui avait posé les principes généraux de l'application rétroactive du droit interne. On ne trouve nulle part la plus infime allusion indiquant que la Cour suprême était consciente de la portée de l'affaire en droit international. Les juges, dans leur majorité, se souciaient uniquement de rechercher des éléments tendant à démontrer que l'intention du Congrès était de rendre le FSIA applicable aux «comportement[s] antérieur[s] à l'adoption de la loi» [traduction du Greffe]. On serait donc tenté d'affirmer que le centre de gravité de l'affaire a échappé à la Cour suprême.

98. En réalité, l'approche de la Cour suprême des Etats-Unis repose sur le principe selon lequel les règles régissant l'immunité souveraine ne font pas partie intégrante du droit international et sont laissées à la libre appréciation de chaque Etat. Selon cette approche, les Etats sont libres de définir la portée de l'immunité souveraine de la manière qu'ils jugent opportune. Dans l'arrêt *Altmann*, le juge Stevens a rappelé, en l'approuvant, la déclaration faite par le juge Marshall dans l'affaire *The Schooner Exchange*, selon laquelle «l'immunité souveraine des Etats étrangers est une question d'obligeance et de courtoisie plutôt qu'une obligation constitutionnelle» [traduction du Greffe]. Cette déclaration reflète sans le moindre doute l'opinion selon laquelle l'immunité des Etats n'est soumise à aucune contrainte découlant du droit international. Dans l'affaire *Altmann*, les juges ont retenu en substance cette opinion, même s'ils l'ont formulée autrement :

62 «Toutefois, l'objectif principal de l'immunité de juridiction des Etats étrangers n'a jamais été de permettre à ces Etats ou à leurs agents d'aligner leur comportement sur la promesse d'une immunité de poursuites devant la justice des Etats-Unis. Cette immunité reflète plutôt les réalités et relations politiques du moment et vise à offrir aux Etats étrangers et à leurs agents, en signe de courtoisie, un rempart de protection contre les désagréments d'un procès.»¹³⁷ [Traduction du Greffe.]

Il y a évidemment lieu de respecter la décision de la Cour suprême des Etats-Unis. Néanmoins, la position juridique qu'elle défend est éloignée des réalités du droit international. Hors des Etats-Unis, l'immunité souveraine a toujours été considérée comme un principe du droit international. Il est inutile d'y revenir longuement. Par exemple, la récente convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens fournit une preuve tangible de l'opinion dominante selon laquelle l'immunité souveraine constitue bel et bien l'un des pivots des relations mutuelles entre Etats. Les nombreux éléments que l'on peut trouver dans les documents rassemblés tout d'abord par les deux rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international, puis intégrés dans le commentaire officiel de la CDI elle-même, qui reflètent la

¹³⁵ Marla Goodman, «The Destruction of International Notions of Power and Sovereignty: the Supreme Court's Misguided Application of Retroactivity Doctrine to the Foreign Sovereign Immunities Act in *Republic of Austria v. Altmann*», 2005, *The Georgetown Law Journal* n° 93, p. 1117 et suiv. ; Carlos M. Vázquez, «*Altmann v. Austria* and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 207 et suiv.

¹³⁶ *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S., p. 244 (1994).

¹³⁷ *Ibid.*, sect. IV.

pratique judiciaire de nombreux Etats du monde, sont éloquentes¹³⁸. Lord Millet, dans l'arrêt rendu en l'affaire *Holland v. Lampen-Wolfe*, a ainsi résumé l'importance de l'immunité souveraine :

«Comme je l'ai expliqué, l'immunité souveraine est une création du droit international coutumier et découle de l'égalité des Etats souverains. Il ne s'agit pas d'une restriction imposée par le Royaume-Uni lui-même à la compétence de ses tribunaux. Il s'agit d'une limitation imposée de l'extérieur à la souveraineté du Royaume-Uni.»¹³⁹ [Traduction du Greffe.]

63

99. Puisque, dans l'affaire *Altmann*, l'arrêt est fondé sur l'opinion erronée que les Etats peuvent traiter les procès contre des Etats étrangers devant leurs tribunaux selon leur bon vouloir, dans les limites exigées par la seule «courtoisie», il ne saurait servir, en l'espèce, de précédent utile. La décision rendue par la Cour suprême ne peut servir à démontrer que la Cour de cassation avait raison d'appliquer la doctrine de l'inopposabilité de l'immunité souveraine en cas de violations graves des droits de l'homme — une doctrine inventée de toutes pièces — à des événements remontant à la seconde guerre mondiale. Manifestement, la Cour suprême s'est écartée du courant dominant du droit international.

100. En outre, même si l'on considère que l'affaire *Altmann* crée un précédent juridique, il y a lieu de tenir compte de ses limites *ratione materiae*. La Cour suprême n'a pas rendu une décision de portée générale relative à l'applicabilité *ratione temporis* du FSIA. Dans le différend opposant Mme Altmann à l'Autriche, il n'était question que de la saisie illégale d'œuvres d'art, ayant porté atteinte, aux yeux de la cour, aux principes des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. On ne saurait déduire de l'arrêt *Altmann* que toutes les clauses du FSIA peuvent s'appliquer rétroactivement de la même manière. Chacune des clauses d'exception de la loi doit être appréciée au cas par cas. En particulier, le recours rétroactif à une clause territoriale pourrait donner lieu à de graves troubles entre les Etats concernés.

101. Enfin, il reste que le FSIA n'écarte pas l'immunité en cas de demande fondée sur un dommage subi pendant un conflit armé. La question des conflits armés ne figure pas dans cette loi, qui a été adoptée pour régir les relations entre Etats en temps de paix. Aucune de ses dispositions n'excède cet objet. Le conflit armé est totalement extérieur à la portée *ratione materiae* de la loi. Par conséquent, les tribunaux américains n'accueilleraient jamais une action en réparation pour un dommage subi au cours d'un conflit armé. Il a été démontré plus haut que, à compter de 1945, la politique des Etats-Unis a consisté à régler la question de la responsabilité de l'Allemagne pour les dommages causés par les politiques d'agression du III^e Reich au niveau intergouvernemental. L'accord de Postdam entre les quatre puissances alliées victorieuses constitue l'expression la plus tangible de cette approche théorique de la question des dommages de guerre. Il a également été démontré que les Etats-Unis ont adopté la même ligne de conduite à l'égard du Japon. Il va de soi que ce choix politique fondamental a reçu l'aval de toutes les nations ayant entériné l'accord de Postdam en tant qu'instrument essentiel du règlement des dettes de guerre de l'Allemagne ; ce choix peut par conséquent être retenu contre eux.

64

102. Pour conclure sur le caractère rétroactif de la jurisprudence établie par la Cour de cassation, la partie demanderesse souligne une fois encore que le fait de lui refuser rétroactivement l'immunité souveraine constitue une violation grave de la souveraineté de l'Allemagne, dont la République italienne doit assumer l'entière responsabilité.

¹³⁸ Voir CDI, rapport sur les travaux de sa trente-deuxième session, *Annuaire de la CDI 1980*, vol. II, deuxième partie, p. 139-153.

¹³⁹ *Weekly Law Reports (WLR)*, 2000, vol. 1, p. 1588.

8. Protection contre les mesures de contrainte

103. Dans les pages précédentes, la partie demanderesse a mis l'accent sur l'immunité souveraine en tant que moyen pour un Etat d'éviter de se retrouver, contre son gré, dans une procédure judiciaire devant les tribunaux d'un Etat étranger. L'immunité à l'égard des mesures de contrainte constitue un volet complémentaire de l'immunité de juridiction, plus important encore que l'immunité vis-à-vis des poursuites judiciaires. En principe, les biens d'un Etat, même s'ils sont situés sur le territoire d'un autre Etat, ne peuvent être ni confisqués ni saisis. Le défendeur a également violé cette règle au détriment du demandeur lorsqu'il a inscrit au cadastre une «hypothèque judiciaire» sur la Villa Vigoni pour la somme de 25 000 euros, conformément au jugement prononcé par le tribunal régional grec de Livadia en l'affaire *Distomo*, ultérieurement confirmé par l'*Areios Pagos*¹⁴⁰.

104. La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a récemment codifié les règles existant en droit international général. L'article 19 de cette convention dispose qu'«aucune mesure de contrainte postérieure au jugement ... ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat...»

Plusieurs exceptions viennent modifier la règle principale. Aucune d'elles n'a cependant la moindre pertinence pour la présente affaire. L'Allemagne n'a pas consenti à ce que l'hypothèque judiciaire soit inscrite au cadastre (art. 19 a)). Elle a, au contraire, introduit des recours juridiques qui sont toujours pendants, dans l'attente d'un règlement final. Deuxièmement, il est évident que l'Allemagne n'a ni réservé ni affecté la Villa Vigoni à la satisfaction de la demande grecque en l'affaire *Distomo* (art. 19 b)). Enfin, il reste que cette villa n'est pas utilisée «autrement qu'à des fins de service public non commerciales» (art. 19 c)). Ce point fera l'objet d'une explication plus détaillée dans une autre partie du présent mémoire.

65

105. Comme il a été indiqué plus haut (par. 39), la Villa Vigoni est un centre d'échanges culturels entre l'Allemagne et l'Italie, qui n'est pas utilisé à des fins commerciales. L'accord intergouvernemental, signé en 1986, prévoit expressément que la Villa Vigoni servira de lieu de dialogue et d'échanges culturels¹⁴¹. Des dizaines de colloques et de symposiums y sont organisés chaque année dans un environnement qui favorise les débats d'idées en toute sérénité. Ainsi, la Villa Vigoni est considérée par l'Allemagne comme un instrument important de sa politique culturelle étrangère, comme le confirment les subventions que lui verse régulièrement le ministère allemand de l'éducation et de la recherche. Par conséquent, même si l'on considère que la convention des Nations Unies de 2004 impose trop de conditions à l'application de mesures de contrainte en introduisant la mention «autrement qu'à des fins de service public non commerciales»¹⁴², force est de conclure que la fonction particulière assignée à la Villa Vigoni est, en tout état de cause, une véritable fonction de service public exercée sur le sol italien avec le consentement sans réserve du Gouvernement italien.

106. D'ailleurs, aux yeux de l'Italie, la Villa Vigoni joue un rôle tout aussi central dans ses échanges culturels avec l'Allemagne. Par conséquent, le Gouvernement italien lui-même s'est très logiquement opposé à l'inscription de l'hypothèque judiciaire au cadastre. Il reste, cependant, que

¹⁴⁰ Voir, plus haut, par. 39 et 40.

¹⁴¹ Le paragraphe 1 de l'article 2 de l'échange de notes (annexe 24) dispose : «L'association encouragera les relations germano-italiennes dans les domaines de la science, de l'éducation et de la culture, y compris leurs liens avec la vie économique, sociale et politique, au moyen de séjours d'études, de colloques, de réunions de table ronde, de cours d'été et de manifestations artistiques à la Villa Vigoni.»

¹⁴² Pour le commentaire de la CDI, voir *Annuaire de la CDI 1991*, vol. II, deuxième partie, p. 59.

les autorités compétentes en charge de l'administration dudit cadastre n'ont pas respecté l'immunité souveraine de l'Allemagne. Il faut espérer que, pendant le déroulement de la procédure devant la Cour internationale de Justice, cette atteinte particulière à la souveraineté allemande sera effacée par une décision des tribunaux italiens compétents accordant à l'Allemagne le remède qu'elle a demandé.

66

107. Les tentatives des créanciers poursuivants en l'affaire *Distomo* d'obtenir une ordonnance de saisie-arrêt qui obligerait le tiers saisi, à savoir les Ferrovie dello Stato, à leur payer ce qu'il doit à la Deutsche Bahn AG, sont jusqu'à présent restées vaines. Toutefois, la mise en œuvre de procédures d'exécution forcée dans lesquelles une personne morale distincte, la Deutsche Bahn AG, deviendrait la cible de mesures de contrainte montre à quel point les relations entre l'Allemagne et l'Italie pourraient pâtir du non-respect de l'immunité souveraine des Etats.

9. La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens

108. Enfin, il convient de noter que la liste des exceptions à l'immunité figurant dans la convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens n'a pas été complétée par une clause permettant à une personne physique d'intenter une action contre des Etats étrangers dans le cas où elle aurait été victime de graves violations des droits de l'homme. Il ne s'agit pas d'un oubli. La CDI a examiné la question. En 1999, elle a même mis en place un groupe de travail chargé d'examiner s'il convenait de prévoir cette dérogation supplémentaire au principe de l'immunité. Le groupe de travail a noté que certaines institutions judiciaires de première instance avaient accueilli avec bienveillance des demandes pouvant être fondées sur les règles du *jus cogens*. Finalement, ses délibérations n'ont guère été concluantes. Il n'a pas été décidé de reviser le projet d'articles existant¹⁴³. Le résumé des délibérations a même été relégué dans un «appendice» du rapport. Comment interpréter ce manque d'enthousiasme sinon comme un rejet des nouvelles propositions ? Il est difficile de comprendre comment il est possible de soutenir, contre l'opinion de l'organe juridique consultatif le plus qualifié au monde, que l'immunité souveraine s'est affaiblie en pareils cas.

67

109. Une autre question mérite cependant d'être examinée attentivement. Le texte même de la convention ne contient aucune référence aux activités des forces armées des Etats, à la différence de la convention européenne de 1972 qui, en son article 31, maintient catégoriquement l'immunité souveraine dans de tels cas. Un groupe de travail à composition non limitée a été constitué au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale afin d'examiner la convention en vue de son adoption définitive. En fait, le projet était devant l'Assemblée générale depuis 1991, lorsqu'il a été approuvé par la CDI en seconde lecture. L'une des questions sur lesquelles s'est penché le groupe de travail était celle de la responsabilité judiciaire des Etats pour les activités de leurs forces armées à l'étranger, sur le territoire d'autres Etats. Afin d'écartier toute interprétation erronée de la clause territoriale (art. 12), des suggestions avaient été faites qui visaient à en clarifier le sens. Aucun accord n'a été trouvé pour amender officiellement le texte. Toutefois, le président autrichien du comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, M. Gerhard Hafner, a été autorisé à faire une déclaration lorsqu'il a présenté le rapport du comité devant l'Assemblée générale le 25 octobre 2004¹⁴⁴. Dans sa déclaration, il a très clairement expliqué que les opérations militaires en sol étranger n'entraient pas dans le champ d'application *ratione materiae* de

¹⁴³ Rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, annexe au rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante et unième session, *Annuaire de la CDI 1999*, vol. II, deuxième partie, appendice, p. 180.

¹⁴⁴ Voir Nations Unies, doc. A/C.6/59/SR.13, par. 36.

l'article 12 : «Se 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.»

68

110. Il est exact que, pour interpréter un traité international, il faut tout d'abord préciser le sens du texte. Si la déclaration que nous venons de mentionner n'a pas été intégrée dans le texte de la convention de 2004, il y a néanmoins été expressément fait référence au dernier alinéa du préambule de la résolution 59/38 par laquelle l'Assemblée générale a adopté la convention : «*Prenant en considération* la déclaration faite par le président du comité spécial lorsqu'il a présenté le rapport du comité.» Il s'agit donc d'un instrument important au sens de l'alinéa *b*) du paragraphe 2 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qu'il faut prendre en compte en conséquence. Il peut y avoir des doutes concernant les contours exacts de la clause territoriale, et certaines incertitudes sont effectivement apparues. La déclaration de M. Hafner permet d'écarter toute interprétation extensive de l'article 12.

111. En fait, lorsque la Norvège a ratifié la convention, le 27 mars 2006, elle a fait la déclaration interprétative suivante —il ne s'agit pas d'une réserve!— en accord avec l'interprétation exposée publiquement par M. Hafner :

«Rappelant notamment la résolution 59/38 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004, dans laquelle l'Assemblée a pris en considération la déclaration faite le 25 octobre 2004 par le président du comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens lorsqu'il a présenté le rapport du comité, la Norvège entend par la présente que la convention ne s'applique pas aux activités militaires, y compris les activités des forces armées pendant un conflit armé, selon la définition donnée à ces termes en vertu du droit international humanitaire, et les activités entreprises par les forces militaires d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Ces activités restent soumises aux autres normes de droit international.»

Cette déclaration met en évidence tant la pratique internationale que l'*opinio juris* selon lesquelles, s'agissant d'activités militaires, les Etats continuent de bénéficier d'une immunité absolue.

10. Implications générales de la théorie développée par la Cour de cassation

69

112. La théorie adoptée et défendue par la Cour de cassation pourrait avoir des répercussions profondes sur de nombreux domaines du droit international. En particulier, toute l'histoire de la réparation des dommages de la seconde guerre mondiale serait à réécrire. Chacune des dispositions des textes applicables devrait être dûment examinée. Selon la Cour de cassation, toutes les clauses de renonciation, censées mettre un terme aux procédures contentieuses une fois que des solutions de compromis globales satisfaisantes ont été trouvées au niveau intergouvernemental, seraient vidées de leur sens. Rien ne pourrait empêcher la victime d'un préjudice ou, comme le montre l'expérience des procédures en cours en Italie, l'un de ses héritiers, d'engager une procédure à titre individuel. Ainsi, un deuxième front de réparation pour dommages de guerre serait ouvert, les pays débiteurs, non seulement l'Allemagne mais aussi l'Italie, par exemple, étant sommés une deuxième fois de répondre de leurs actes.

113. Si l'on part du principe, comme le fait la Cour de cassation que ces demandes se fondent sur des violations du *jus cogens*, les puissances alliées elles-mêmes ne seraient pas à l'abri d'une procédure judiciaire. L'Allemagne ne souhaite pas relancer un débat qui a duré plusieurs dizaines d'années. Elle est fermement convaincue que la seconde guerre mondiale — qui restera à tout jamais gravée dans nos mémoires pour nous rappeler que certaines menaces politiques doivent

être d'emblée combattues avec force — appartient désormais au passé en ce sens qu'elle ne peut plus avoir de conséquences juridiques. L'Allemagne a fait de son mieux pour réparer ce qui pouvait l'être dans les limites de ses capacités. Le traité de 1990 portant règlement définitif concernant l'Allemagne¹⁴⁵ a résolu une fois pour toutes la question des réparations. Le climat de paix et de bon voisinage qui prévaut en Europe depuis cette époque ne devrait pas être perturbé par des décisions judiciaires qui font totalement abstraction du contexte plus large dans lequel s'inscrivent les demandes soumises à la justice.

70

114. La théorie adoptée par la Cour de cassation hypothèque également l'avenir. Des traités de paix de portée générale sont une nécessité structurelle dans les relations internationales. De nombreuses situations sont extrêmement complexes. Les experts eux-mêmes ne sont pas toujours capables de dire avec autorité et fermeté ce qui s'est réellement passé, qui a tiré le premier et qui, par exemple, porte la responsabilité d'un massacre une fois qu'il a été commis. Les situations historiques sont rarement aussi simples et claires que sous le régime nazi. J'en veux pour exemple le cas suivant : dans un futur traité de paix entre Israël et la Palestine, une clause de renonciation complète sera également nécessaire. Après la conclusion d'un tel traité, personne ne devrait pouvoir compromettre le fragile équilibre ainsi obtenu en intentant une action en réparation devant la justice de son pays. Selon la théorie de la Cour de cassation, même les résolutions du Conseil de sécurité pourraient être remises en cause au motif que des violations de droits de l'homme, tels que l'accès à un tribunal, ont été commises ; rien ne s'opposerait à ce que des actions individuelles soient intentées contre les Etats faisant l'objet de telles accusations. En effet, dans les arrêts rendus récemment dans les affaires *Yusuf et Kadi*¹⁴⁶, le tribunal de première instance des Communautés européennes a conclu que les résolutions du Conseil de sécurité devaient respecter le *jus cogens*. En conséquence, toute solution juridique permettant de rétablir la paix au lendemain d'un conflit pourrait être bloquée dès lors qu'un règlement de paix exigerait des sacrifices de la part de la population concernée ou, du moins, risquerait d'être compromise par des actions individuelles tirant habilement parti de l'argument du *jus cogens*

11. La pratique judiciaire

71

115. Nombreuses sont les affaires que l'on peut citer dans lesquelles la théorie développée par la Cour de cassation a été infirmée par les tribunaux. La thèse selon laquelle les Etats responsables de graves violations des droits de l'homme ne peuvent plus invoquer leur immunité souveraine n'a pas été suivie. En particulier, dans les affaires portant sur les activités de forces militaires, les plus hautes juridictions, tant au niveau européen qu'au niveau national, ont refusé de se déclarer compétentes. De fait, la Cour de cassation a pris note de cette jurisprudence, mais elle a fondé l'arrêt *Ferrini*, comme toutes ses décisions ultérieures, sur les opinions minoritaires exprimées dans certains arrêts, sans tenir compte des opinions majoritaires. La cour le reconnaît ouvertement : elle souhaite contribuer au développement du droit existant. Comme nous l'avons démontré dans les pages précédentes, cette tentative est une position à courte vue car elle ne tient pas compte de la complexité de la question du règlement des réclamations nées de la guerre. Il faudrait également rappeler que dans l'ordre mis en place par la communauté internationale, il n'appartient pas aux juridictions nationales de développer le droit. Les organes judiciaires peuvent adopter les vues et les pratiques couramment admises à mesure qu'elles évoluent avec le temps. Mais toute tentative d'évolution doit bénéficier d'un vaste soutien politique. Les tribunaux n'ont pas pour mission de faire avancer des idées réformistes. A cet égard, la Cour de cassation avance sur un terrain mouvant. Sa jurisprudence n'est étayée par aucune base solide, au-delà des frontières italiennes.

¹⁴⁵ Conclu le 12 septembre 1990, *ILM* (1990), vol. 5, p. 1187 [Traduction française publié au Journal officiel, JORF n° 99, 26 avril 1991, p. 5636].

¹⁴⁶ Arrêts T-306/01 et T-315/01, 21 septembre 2005.

72

116. En novembre 2001, la CEDH a été appelée à se prononcer à deux reprises sur des requêtes relatives à la violation du droit d'accès à un tribunal prévu à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Dans les deux cas, les requérants avaient été déboutés pour des raisons de procédure par les juridictions internes qu'ils avaient saisies. Dans les affaires *McElhinney c. Irlande*¹⁴⁷ et *Al-Adsani c. Royaume-Uni*¹⁴⁸, le défendeur était un Etat étranger. Nous avons déjà expliqué plus haut (par. 73) que l'affaire *McElhinney* concernait un incident survenu à un poste de contrôle à la frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande. Un soldat britannique en faction au poste de contrôle avait été traîné malgré lui sur le câble de la remorque d'un véhicule conduit par un Irlandais jusqu'en territoire irlandais, où il aurait agi sous le coup de l'émotion après avoir craint pour sa vie. Le requérant, qui conduisait le véhicule en cause, a essayé en vain d'obtenir des tribunaux irlandais qu'ils se prononcent sur l'incident. La Cour suprême irlandaise a estimé qu'elle ne pouvait connaître d'une action intentée contre le Royaume-Uni, le soldat ayant agi *jure imperii* dans l'exercice de ses fonctions. Dans l'affaire *Al-Adsani*, le requérant, qui avait la double nationalité britannique et koweïtienne, affirmait avoir subi des actes de torture alors qu'il se trouvait au Koweït. A son retour au Royaume-Uni, M. Al-Adsani avait essayé d'intenter une action contre l'Etat du Koweït. En vain. Sa requête avait été jugée irrecevable.

117. Les deux arrêts ont été prononcés le même jour et contiennent un certain nombre de passages identiques portant exactement sur les questions qui nous intéressent en l'espèce. Pour commencer, la CEDH a déclaré ce qui suit :

«L'immunité des Etats souverains est un concept de droit international, issu du principe *par in parem non habet imperium*, en vertu duquel un Etat ne peut être soumis à la juridiction d'un autre Etat. La Cour estime que l'octroi de l'immunité souveraine à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat.»¹⁴⁹

La CEDH a ainsi reconnu l'immunité de juridiction souveraine comme une règle générale du droit international actuellement applicable. Après avoir affirmé que le droit d'accès à un tribunal, consacré par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, ne saurait s'interpréter dans le vide, mais devait au contraire être interprété de manière à se concilier avec le droit international, elle a poursuivi :

«On ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre le paragraphe 1 de l'article 6 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes ; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des Etats.»¹⁵⁰

¹⁴⁷ Requête n° 31253/96, 21 novembre 2001.

¹⁴⁸ Requête n° 35763/97, 21 novembre 2001.

¹⁴⁹ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, requête n° 35763/97, par. 54 ; *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, requête n° 31253/96, par. 35.

¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 56 ; *ibid.*, par. 37.

118. Après ces passages communs, qui confirmaient le caractère contraignant du principe de l'immunité souveraine, les deux arrêts ont suivi des cheminements différents. Dans l'affaire *Al-Adsani*, l'accent a été mis sur les mauvais traitements qui constituaient des actes de torture et sur toutes leurs conséquences, alors que dans celle de *McElhinney*, ce sont le sens et la portée de la clause de l'exception territoriale qui ont été examinés.

73

119. En réalité, dans l'affaire *Al-Adsani*, le requérant avait essayé de s'appuyer sur l'interdiction de la torture considérée comme une règle impérative du droit international. Il avait fait valoir que, dans ces circonstances, l'argument de l'immunité souveraine ne tenait pas. La CEDH n'était pas de cet avis :

«Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un Etat ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture.»¹⁵¹

Par ailleurs, dans l'affaire *McElhinney*, la CEDH a souligné que les activités militaires étaient de toute façon couvertes par l'immunité souveraine, de sorte que toute action contre les forces armées d'un Etat devait être rejetée sans être examinée au fond :

«Se fondant sur les éléments dont elle dispose ... la Cour observe qu'il semble exister en droit international et comparé une tendance à limiter l'immunité des Etats en cas de dommages corporels dus à un acte ou une omission survenus dans l'Etat du for, mais que cette pratique n'est nullement universelle. Les textes mentionnés au paragraphe 19 ci-dessus montrent en outre que cette tendance paraît 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, qu'en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises. La Cour, qui partage la position de la Cour suprême en l'occurrence (par. 15 ci-dessus), n'estime pas possible, dans l'état actuel du droit international, de conclure que le droit irlandais se heurte aux principes de celui-ci.»¹⁵²

74

La jurisprudence de la CEDH n'a pas changé depuis que ces deux arrêts ont été prononcés. La cour continue d'appliquer la théorie selon laquelle, à l'exception des activités commerciales ou actes *jure gestionis*, un Etat jouit de l'immunité de juridiction devant les cours et tribunaux d'un autre Etat. Dans l'affaire *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, l'action intentée contre la Grèce à la suite du refus implicite du ministère de la justice de ce pays d'autoriser l'exécution de la décision du tribunal régional de Livadia contre l'Allemagne avait été rejetée au motif qu'elle était manifestement mal fondée. La CEDH a invoqué exactement les mêmes motifs que dans les affaires *Al-Adsani* et *McElhinney*.

120. Il est vrai que la décision dans l'affaire *Al-Adsani* a été adoptée à une faible majorité. Neuf juges y ont souscrit alors que huit ont formulé des opinions dissidentes. Toutefois, la

¹⁵¹ *Al-Adsani*, par. 61.

¹⁵² *McElhinney*, par. 38.

principale opinion dissidente, commune aux juges Rozakis et Caflisch, et à laquelle se sont ralliés quatre autres juges, n'est guère convaincante. La majorité et la minorité ne se sont pas opposées sur l'interdiction de la torture en tant que norme de *jus cogens*. Leurs vues ont divergé sur les conséquences juridiques d'une violation effective de cette interdiction. Les six juges ont fait valoir l'argument suivant (par. 3) :

«[s]i l'on admet que la prohibition de la torture a valeur de *jus cogens*, un Etat qui l'aurait enfreinte ne peut exciper de règles de rang inférieur (en l'occurrence, celles relatives à l'immunité des Etats) pour se soustraire aux conséquences de l'illégalité de ses actions... La norme de *jus cogens* prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des Etats étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des Etats se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique.»

75

Logique en apparence, ce raisonnement est fondamentalement vicié. La norme de *jus cogens* repose sur le principe fondamental selon lequel la torture constitue un crime grave en droit international. De fait, tout acte national qui encouragerait, favoriserait ou légitimerait la torture serait contraire à l'interdiction de la torture. Cependant, appliquer le principe coutumier de l'immunité de juridiction, autrement dit, empêcher une victime de saisir les tribunaux de son pays contre un Etat auteur d'un crime n'est en aucun cas une forme de complicité. Un Etat qui refuse l'accès à ses cours et tribunaux en pareilles circonstances applique simplement une règle de droit international. Il souhaite maintenir le bon ordre dans ses relations internationales, étant convaincu que les actions individuelles ne sont pas le meilleur moyen de régler de tels différends. En aucun cas un tel refus ne saurait être assimilé à une violation de l'interdiction de la torture. Dans l'affaire *Al-Adsani*, la minorité a simplement négligé de faire la distinction entre la règle primaire fondamentale et les règles secondaires qui entrent en jeu une fois qu'une violation a été commise. La nécessité de faire cette distinction a déjà été soulignée plus haut dans le présent mémoire.

121. La position de l'Allemagne est étayée par d'éminents spécialistes du droit. Il suffit de citer une publication récente, qui a couronné quatre années de travail du Committee on International Human Rights Law and Practice de l'Association de droit international (ADI). L'auteur y examine la doctrine *Ferrini* de la Cour de cassation¹⁵³, en accueillant avec bienveillance les nouvelles méthodes de raisonnement développées en droit international. Il conclut néanmoins que cette théorie ne tient pas. Commentant l'opinion de la minorité dans l'affaire *Al-Adsani*, il écrit :

«En dépit de son apparente rigueur logique, cet argument est toutefois gravement vicié puisque la prétendue existence d'un conflit normatif ou d'un ordre hiérarchique entre les droits de l'homme et l'immunité des Etats ne peut être démontrée... Il pourrait y avoir collision entre les normes si l'interdiction de la torture (ou toute autre norme impérative) faisait obligation d'établir une compétence à l'égard des Etats étrangers ou de leurs représentants afin que les victimes se voient accorder réparation. En l'état actuel du droit international, seules des circonstances exceptionnelles créent une telle obligation générale d'établir une compétence pénale ou civile afin d'offrir des recours judiciaires en cas de violation des droits fondamentaux ayant le caractère de *jus cogens* (compétence universelle obligatoire)... En droit coutumier international, il n'existe pas de règle rendant

¹⁵³ Thilo Rensmann, «Impact on the Immunity of States and their Officials» in *The impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, 2009, p. 151-170, annexe 36.

obligatoire la juridiction universelle pour ce qui est des actions pénales ou des actions en réparation.»¹⁵⁴ [Traduction du Greffe.]

122. Il semble donc justifié de conclure que la Cour de cassation s'est écartée d'une norme européenne commune. Il convient de relever, à cet égard, que la décision de la CEDH dans l'affaire *Kalogeropoulou* a été adoptée à l'unanimité. Aucun des juges n'a estimé que le refus du ministre grec de la justice d'autoriser l'application de mesures de contrainte contre l'Allemagne constituait une violation de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, qui garantit l'accès à un tribunal. La CEDH a donc affirmé clairement que la règle de l'immunité souveraine ne pouvait être mise en échec par une garantie visant à protéger les droits de l'homme.

76

123. L'arrêt rendu le 30 juin 2004 par la cour d'appel de l'Ontario en l'affaire *Bouzari c. Iran*¹⁵⁵ se distingue également par la rigueur de son examen des conséquences procédurales de la perpétration d'actes de torture. Dans cette affaire, un Iranien, qui était un immigrant ayant obtenu le droit d'établissement au Canada («landed immigrant»), avait cherché à poursuivre son pays d'origine pour des actes de torture qu'il avait subis alors qu'il y résidait encore. L'un de ses principaux arguments était que tout Etat est tenu de garantir aux victimes d'actes de torture le droit d'intenter une action civile indépendamment du lieu où a été commis le crime, même en dehors de l'Etat du for. La cour d'appel de l'Ontario ne partageait pas ce point de vue. Avec la plus grande prudence, elle a examiné les arguments du requérant, qui ne l'ont pas convaincue. En résumant sa position, la cour a fait sienne la déclaration suivante, prononcée en première instance par la Cour supérieure de justice de l'Ontario :

«En matière d'immunité souveraine, il ressort des décisions des juridictions nationales et internationales et de la législation des Etats qu'il n'existe pas, en droit international coutumier, de principe prévoyant une exception à cette immunité pour des actes de torture commis en dehors de l'Etat du for, même si ces actes sont contraires au *jus cogens*. En fait, la pratique des Etats, telle qu'elle transparaît dans les sources susmentionnées et d'autres, porte à conclure à l'existence d'une règle de droit international coutumier qui garantit l'immunité des Etats pour des actes de torture commis en dehors de l'Etat du for.»¹⁵⁶ [Traduction du Greffe.]

Pour ce motif, le recours a été rejeté. La Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation d'interjeter appel.

77

124. Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a également été appelée à statuer sur cette question. Dans l'affaire *Jones*¹⁵⁷, qui ressemble beaucoup à l'affaire canadienne *Bouzari*, la chambre haute devait déterminer si une personne qui déclarait avoir subi en Arabie saoudite des actes de torture «graves, systématiques et traumatisants» en Arabie saoudite pouvait introduire une action contre le Royaume d'Arabie saoudite devant les tribunaux britanniques. Après avoir soigneusement examiné chacun des arguments du requérant, les juges ont conclu à l'unanimité que la justice britannique n'était pas compétente, tant sur la base de la loi nationale [de 1978] que du droit international général. Les juges ont pu, en particulier, évaluer les motifs avancés par la Cour de cassation dans l'arrêt *Ferrini*. Nous pouvons dire que leur évaluation était moins que favorable. Selon lord Bingham of Cornhill, (par. 22)

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 166-167.

¹⁵⁵ *ILR*, vol. 128, p. 586.

¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 88.

¹⁵⁷ *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (Royaume d'Arabie saoudite)*, 14 juin 2006, *ILR*, vol. 129, p. 713.

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

78

Nous avons déjà cité plus haut les observations de lord Hoffmann qui, pour l'essentiel, part du principe que les juges devraient s'abstenir de tout excès de zèle en se voulant les artisans du «progrès»¹⁵⁸ ; et lord Hoffmann a certainement raison de souligner qu'un juge ne doit pas sortir de sa réserve face aux affaires qu'il examine. Le rôle des juges n'est pas d'agir dans l'intention explicite de créer une nouvelle règle de droit. Certes, il sera fréquemment observé *a posteriori* que les décisions judiciaires ont peu à peu fait évoluer le droit — la *common law* a évolué de cette manière — mais les juges doivent agir *lege artis*. Ils doivent au minimum développer leur raisonnement en croyant de bonne foi qu'ils appliquent une règle élaborée dans la volonté de synthétiser des éléments de droit qui font effectivement partie de l'ordre juridique existant. Le fait de s'écarter du droit en vigueur, en fondant leur raisonnement juridique sur des valeurs qui inspirent ce droit, mais qui ne se sont pas encore cristallisées en véritables règles de droit, témoigne d'une très mauvaise compréhension des fonctions qui sont les leurs. Ce qui peut se concevoir dans un contexte national ne peut se justifier sur le plan international, où 192 pays sont tous habilités à contribuer à la formation du droit. Les cours et tribunaux d'une nation ne peuvent imposer leurs vues à toutes les autres nations. Le droit international repose sur le consensus. Les méthodes hégémoniques sont inconciliables avec sa nature égalitaire. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a dit clairement que les Etats pouvaient tenter d'invoquer un droit nouveau et qu'une telle tentative «pourrait ... tendre à modifier le droit international coutumier», à condition cependant que ces nouveaux concepts soit également défendus par d'autres Etats : «si elle [est] partagée par d'autres Etats»¹⁵⁹. Même dans de telles circonstances, la Cour reste extrêmement prudente. Il convient de relever les mots «pourrait» et «tendre», expressément employés pour ne pas apporter de réponse trop précise.

125. La jurisprudence française est, elle aussi, limpide au sujet de l'immunité des Etats étrangers qui, dans l'exercice de la puissance publique, ont commis des actes dénoncés par un requérant comme étant contraires aux droits de l'homme ou au droit international humanitaire. Dans une affaire contre l'Allemagne (*Bucheron*), dans laquelle était en cause la compétence des tribunaux à l'égard d'une action intentée à raison de la déportation du requérant en Allemagne pour y être astreint au travail forcé, la Cour de cassation a conclu que les faits

«consistant à contraindre des personnes requises au titre du service du travail obligatoire, à travailler en pays ennemi, avaient été accomplis à titre de puissance publique occupante par le III^e Reich, dont la RFA est successeur ... [et] n'étaient pas de nature à faire échec au principe de l'immunité juridictionnelle de la RFA selon la pratique judiciaire française...»¹⁶⁰.

La Cour de cassation n'a même pas jugé nécessaire de motiver sa décision. Comme le montre la citation reproduite ci-dessus, les juges se sont contentés de renvoyer à la pratique judiciaire française. Le ministère public avait estimé suffisant de consacrer une demi-phrase à l'argument du requérant selon lequel une violation du droit international humanitaire faisait échec au principe de l'immunité de juridiction :

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 64.

¹⁵⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, par. 207. Voir aussi, l'appel à la prudence lancé par Olivier Corten dans «Breach and Evolution of Customary Law», dans Enzo Cannizzaro et Paolo Palchetti (dir. publ.) *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, Leiden/Boston, 2005, p. 119 et suiv.

¹⁶⁰ *RGDIP*, 2004, t. 108, p. 260.

«tant par les moyens mis en œuvre que par la finalité poursuivie, les opérations critiquées ont été entreprises par l'Etat allemand dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique et dans l'intérêt de son service public (quel que puisse être par ailleurs le jugement à porter au plan moral sur la légitimité d'une telle action)»¹⁶¹.

79

Ce n'est que dans la note rédigée par François Poirat¹⁶² que l'on trouve des considérations d'ordre plus général. Auparavant, la cour d'appel de Paris¹⁶³ s'était également exprimée de manière plus substantielle :

«Les Etats étrangers bénéficient de l'immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public ... tant par les moyens mis en œuvre que par la finalité poursuivie, les faits dont le requérant a été la victime s'intègrent dans un ensemble d'opérations entreprises par l'Etat allemand dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique. En l'état du droit international, ces faits, quelle qu'en soit la gravité, ne sont pas, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, de nature à faire échec au principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers.»

126. Dans son arrêt du 8 mars 2001¹⁶⁴, la cour constitutionnelle de Slovénie a également rejeté des griefs fondés sur l'argument selon lequel un Etat qui commet des violations graves des droits de l'homme devrait se voir refuser l'immunité dans le cadre de procédures visant à obtenir réparation des préjudices subis. Si la cour constitutionnelle a estimé qu'il y avait une «tendance» à la limitation de l'immunité des Etats, elle a toutefois conclu que les affaires citées, en particulier l'arrêt rendu en Grèce dans l'affaire *Distomo*, ne sauraient

«apporter la preuve d'une pratique générale des Etats reconnue comme étant le droit et créant ainsi une règle de droit international coutumier, qui permettrait aux juridictions slovènes de juger un Etat étranger lorsque des règles impératives du droit international relatives à la protection des droits de l'homme ont été violées dans le cadre d'activités exercées par cet Etat *iure imperii*...».

Cette conclusion n'appelle pas de commentaire.

127. Certaines juridictions de première instance des pays ayant subi l'occupation allemande pendant la seconde guerre mondiale ont également rejeté des requêtes tendant à établir la responsabilité de l'Allemagne dans des dommages et pertes résultant d'opérations militaires menées pendant cette période. Citons, à titre d'exemples, les cas suivants :

80

— jugement de la *Rechtbank* (tribunal régional) de Gand (Belgique), en date du 18 février 2000¹⁶⁵, qui considère que les dispositions de la convention européenne de 1972, bien qu'indirectement applicables à l'affaire en cause, reflètent les règles pertinentes du droit international coutumier, tout en précisant que les actes des forces armées restent de toute façon couverts par l'immunité de juridiction (article 31 de ladite convention) ;

¹⁶¹ Observations du ministère public, 26 avril-25 juin 2002, annexe 37.

¹⁶² *RGDIP*, 2004, t. 108, p. 260.

¹⁶³ Arrêt du 9 septembre 2002, annexe 38.

¹⁶⁴ Annexe 39.

¹⁶⁵ Annexe 40.

- jugement du tribunal de première instance de Leskovac (Serbie), en date du 1^{er} novembre 2001, (pas de raison précise donnée, renvoi général à des traités internationaux et à la coutume internationale¹⁶⁶) ;
- arrêt de la cour d'appel de Gdansk du 13 mai 2008, qui ne reconnaît pas la compétence des tribunaux polonais pour connaître d'actions en justice visant à obtenir réparation à raison de dommages corporels graves (brûlures) subis pendant la seconde guerre mondiale (2 février 1944) dans un village situé à proximité de Lublin¹⁶⁷.

Le plus souvent, ces jugements ne sont pas portés à la connaissance du grand public ni même, dans bien des cas, à celle du Gouvernement allemand, puisque les juridictions saisies rejettent généralement sans hésitation, et sans se perdre en de longues explications, les actions fondées sur des actes commis par les forces armées allemandes en territoire étranger.

81

128. Pour conclure, l'Allemagne attire l'attention de la Cour sur l'interprétation restrictive à laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a soumis l'expression «en matière civile et commerciale» figurant à l'article premier de la convention [européenne] du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (convention de Bruxelles)¹⁶⁸. Initialement, c'est sur cette convention que les tribunaux italiens avaient fondé leurs décisions sur l'applicabilité des décisions grecques en l'affaire *Distomo*. Cependant, dans l'affaire *Lechouritou et autres*, la Cour de justice des Communautés européennes a conclu que ne relevait pas de la convention une action juridictionnelle intentée par des personnes physiques dans un Etat contractant à l'encontre d'un autre Etat contractant pour obtenir réparation de pertes ou dommages subis en conséquence d'actes de guerre¹⁶⁹. La coopération entre nations européennes dans le cadre de la convention de Bruxelles ne s'étend pas à ces actes, qui revêtent un caractère spécial et ne peuvent être traités comme n'importe quel autre différend entre des parties à une affaire civile, même quand les requérants engagent une action en réparation pour des actes préjudiciables commis par les forces armées de la partie défenderesse.

129. Rien ne vient conforter la position de la Cour de cassation dans le jugement rendu par la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie le 10 décembre 1998 en l'affaire *Furundzija*¹⁷⁰. Dans ce jugement, la chambre s'est appliquée à expliquer les effets juridiques d'une violation d'une norme de *jus cogens*. Relevant à juste titre que l'interdiction de la torture relève bien d'une telle norme, elle a déclaré que

«Les victimes potentielles pourraient, si elles en [avaient] la capacité juridique, engager une action devant une instance judiciaire nationale ou internationale compétente afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international ; elles pourraient encore engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère qui serait invitée de la sorte, notamment, à ne tenir aucun compte de la valeur juridique de l'acte national autorisant la torture.»¹⁷¹

En premier lieu, il convient de relever que la chambre de première instance a fait un exposé théorique qui n'avait aucun rapport avec l'affaire dont elle était saisie. Ses observations sont

¹⁶⁶ Annexe 41. Les mêmes vues sont exprimées dans une opinion juridique du ministère de la justice de la République fédérale de Yougoslavie du 24 avril 2002. Annexe 42.

¹⁶⁷ Annexe 43.

¹⁶⁸ Journal officiel L304 (1978), p. 36.

¹⁶⁹ Affaire C-292/05, 15 février 2007, par. 46.

¹⁷⁰ IT-95-17/1-T, *ILM* (1998), vol. 38, p. 317.

¹⁷¹ *Ibid.*, par. 155.

purement *obiter dicta*. En deuxième lieu, la chambre n'a pas examiné le moyen de défense tiré de l'immunité souveraine dont un Etat peut exciper contre une action en réparation introduite devant des juridictions étrangères. Sa seule préoccupation était de souligner qu'aucun Etat ne peut invoquer, afin d'éviter que sa responsabilité ne soit engagée, un acte national qui autoriserait la torture. Enfin, la chambre souligne explicitement que ses observations s'appliquent uniquement aux procédures dans lesquelles la victime a incontestablement qualité pour intenter une action, devant une instance judiciaire internationale ou nationale. Ainsi, seule une lecture superficielle de l'affaire *Furundzija* permettrait d'y trouver une justification de la jurisprudence *Ferrini*.

82

130. Enfin, l'Allemagne souhaite rappeler une fois encore que les plus hautes autorités du système judiciaire italien, l'avocat général et le parquet général près la Cour de cassation, ont essayé de persuader la Cour de cassation d'abandonner sa position erronée (voir annexes 10, 12 et 22) en faisant valoir, dans leurs conclusions, que la prétendue brèche ouverte dans la défense de l'immunité de juridiction n'existait tout simplement pas, cette thèse n'étant pas suffisamment étayée par les règles générales du droit international. La Cour devrait entendre ces voix venant directement d'Italie. Elles confirment le bien-fondé de la présente requête.

V. Réparation demandée

131. L'Allemagne réclame les réparations indiquées dans les conclusions ci-après. En particulier, l'Italie doit faire en sorte qu'il soit mis un terme aux violations récurrentes de l'immunité souveraine de l'Allemagne. La Cour devrait également préciser que cette pratique judiciaire illicite doit cesser. Il est d'autant plus nécessaire d'obtenir des garanties de non-répétition que l'Allemagne est confrontée depuis plus de cinq ans à une multiplication d'actions en réparation pour des injustices commises pendant la seconde guerre mondiale, chaque mois voyant s'engager de nouvelles procédures.

VI. Conclusions

83

132. Sur la base des éléments qui précèdent, l'Allemagne prie la Cour de dire et juger que :

- 1) en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale, de septembre 1943 à mai 1945, la République italienne a commis des violations de ses obligations juridiques internationales en tant qu'elle n'a pas respecté l'immunité de juridiction reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international ;
- 2) en prenant des mesures d'exécution forcée visant la «Villa Vigoni», propriété de l'Etat allemand utilisée par le gouvernement de ce dernier à des fins non commerciales, la République italienne a également violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne ;
- 3) en déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux qui sont mentionnés au point 1 ci-dessus, la République italienne a une nouvelle fois violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

En conséquence, la République fédérale d'Allemagne prie la Cour de dire et juger que :

- 4) la responsabilité internationale de la République italienne est engagée ;
- 5) la République italienne prendra, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne soient privées d'effet ;

- 6) la République italienne prendra toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses tribunaux s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne à raison des faits mentionnés au point 1 ci-dessus.

84

133. L'Allemagne se réserve le droit, dans le cas où les autorités italiennes prendraient des mesures d'exécution forcée à l'encontre de biens appartenant à l'Etat allemand, en particulier de locaux, diplomatiques ou autres, qui, en vertu des règles générales du droit international, bénéficient à cet égard d'une protection, de demander à la Cour d'indiquer, conformément à l'article 41 de son Statut, des *mesures conservatoires*

Berlin, le 12 juin 2009.

L'agent du Gouvernement
de la République fédérale
d'Allemagne,

(Signé) Christian TOMUSCHAT.

Le directeur général des affaires
juridiques et agent de la
République fédérale
d'Allemagne,

(Signé) Georg WITSCHEL.

LISTE DES ANNEXES

- Annexe 1** Cour de cassation, arrêt n° 5044/2004, *Ferrini*, 11 mars 2004, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 87 (2004), p. 539, *Traduction anglaise : ILR*, vol. 128, p. 659.
- Annexe 2** Déclaration conjointe des gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de la République italienne, 18 novembre 2008.
- Annexe 3** Traité de paix avec l'Italie, 10 février 1947, Nations Unies, Recueil des traités, volume 49, n° 747, page 3, article 77.
- Annexe 4** Traité conclu entre la République fédérale d'Allemagne et la République italienne portant règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier, le 2 juin 1961.
- Annexe 5** Traité relatif à l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste, le 2 juin 1961.
- Annexe 6** Décret du président de la République n 2043 du 6 octobre 1963.
- Annexe 7** Cour de cassation, arrêt, 30 octobre 1986/2 mars 1987
- Annexe 8** Liste de toutes les affaires judiciaires en instance contre l'Allemagne.
- Annexe 9** Préfecture de Voiotia c. la République fédérale d'Allemagne, arrêt du 4 mai 2000, traduction anglaise : ILR, vol. 129, p. 514.
- Annexe 10** Parquet général près la Cour de cassation, conclusions du 22 novembre 2007.
- Annexe 11** Secrétaire général de la Présidence du conseil des ministres italiens, lettre du 24 avril 2008 à l'avocat général.
- Annexe 12** Avocat général, conclusions soumises à la Cour de cassation, 28 avril 2008.
- Annexe 13** Cour de cassation, affaires *Giovanni Mantelli* et *Liberato Maietta*, 29 mai 2008.
- Annexe 14** Tribunal militaire de La Spezia, affaire *Max Josef Milde*, jugement du 10 octobre 2006
- Annexe 15** Cour militaire d'appel, Rome, affaire *Max Josef Milde*, arrêt du 18 décembre 2007
- Annexe 16** Cour de cassation : affaire *Max Joseph Milde*, arrêt du 21 octobre 2008
- Annexe 17** Tribunal régional de Livadia : jugement n° 137/1997, 25 septembre-30 octobre 1997
- Annexe 18** Cour d'appel de Florence : arrêt (decreto) du 2 mai 2005
- Annexe 19** Cour d'appel de Florence : arrêt (decreto) du 6 février 2007
- Annexe 20** Cour de cassation : arrêt n° 14199 du 29 mai 2008
- Annexe 21** Cour d'appel de Florence : arrêt (decreto) du 13 juin 2006

- Annexe 22** Bureau de Florence du barreau de l'Etat : conclusions du 11 septembre 2008
- Annexe 23** Cour d'appel de Florence : arrêt du 21 octobre 2008
- Annexe 24** Echange de notes constituant un arrangement concernant la création de l'association «Villa Vigoni» en tant que centre germano-italien
- Annexe 25** Inscription d'une hypothèque judiciaire au cadastre couvrant la «Villa Vigoni»
- Annexe 26** Bureau de Milan du barreau de l'Etat
- Annexe 27** Cour de cassation : arrêt n° 1653/1974 du 6 juin 1974
- Annexe 28** Cour de cassation : arrêt 8157/2002, *Markovic*, 5 juin 2002
- Annexe 29** Immunité de juridiction des Etats et action en réparation de dommages pour violation des droits fondamentaux : l'affaire Mantelli
- Annexe 30** William H. Taft, conseiller juridique du département d'Etat : communication en qualité d'*amicus curiae* présentée devant la Cour d'appel des Etats-Unis pour le circuit du district de Columbia dans l'affaire *Hwang Geum Joo c. Japon*, novembre 2004
- Annexe 31** Cour d'appel des Etats-Unis pour le circuit du district de Columbia : *Hwang Geum Joo c. Japon, ministre Yohei Kono, ministre des Finances*, 28 juin 2005
- Annexe 32** Loi sur l'immunité des Etats étrangers, 2008, Israël ; loi 5769-2008 sur l'immunité des Etats étrangers
- Annexe 33** Cour de cassation, arrêt n° 530/2000, *FILT-CGIL Trento et autres c. les Etats-Unis d'Amérique*, 3 août 2000
- Annexe 34** Rechtbank s'-Gravenhage (Tribunal régional de La Haye), jugement du 10 juillet 2008
- Annexe 35** Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique : mémoire en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire *Sampson c. République fédérale d'Allemagne*
- Annexe 36** Thilo Rensmann : «Impact sur l'immunité des Etats et de leurs fonctionnaires», in *The impact of Human Rights Law on General International Law*
- Annexe 37** Cour de cassation, observations du ministère public dans l'affaire *Bucheron*, 26 avril et 25 juin 2002
- Annexe 38** Cour d'appel de Paris, affaire *Bucheron*, arrêt du 9 septembre 2002
- Annexe 39** Cour constitutionnelle de Slovénie, arrêt du 8 mars 2001, affaire n° Up-13/99

- Annexe 40** Rechtbank (tribunal régional) de Gand (Belgique), décision du
18 février 2000
- Annexe 41** Tribunal de première instance de Leskovac (Serbie), jugement du
1^{er} novembre 2001
- Annexe 42** Avis juridique du ministère de la justice de la République fédérale de
Yougoslavie, 24 avril 2002
- Annexe 43** Cour d'appel de Gdansk (Pologne), arrêt du 13 mars 2008
-