

Non corrigé  
Uncorrected

Traduction  
Translation

CR 2011/18 (traduction)

CR 2011/18 (translation)

Mardi 13 septembre 2011 à 10 heures

Tuesday 13 September 2011 at 10 a.m.

10

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

La Cour se réunit aujourd'hui pour entendre le premier tour de plaidoiries de l'Italie. Je vais à présent donner la parole à S. Exc. M. Giacomo Aiello, coagent de la République italienne. Malheureusement, l'agent de la République italienne, S. Exc. M. l'ambassadeur Paolo Pucci di Benisichi a été empêché pour des raisons santé. Je lui témoigne toute ma sympathie et lui souhaite un prompt rétablissement. M. Aiello, vous avez donc la parole.

M. AIELLO :

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, c'est un grand honneur et un véritable privilège pour moi de représenter mon pays devant la Cour en qualité de coagent dans cette affaire entre l'Italie et la République fédérale d'Allemagne. Si la Cour le permet, je m'exprimerai à la place de l'agent de l'Italie, M. l'ambassadeur Paolo Pucci di Benisichi — qui, pour des raisons de santé, n'a pu se joindre à nous aujourd'hui. Vous ne verrez certainement aucun inconvénient à ce que je lui adresse de notre part à tous nos vœux de prompt rétablissement.

2. Je commencerai mon intervention en soulignant d'emblée que le Gouvernement italien partage les sentiments de sincère amitié exprimés par l'agent du Gouvernement allemand dans son discours d'ouverture. Le différend entre nos pays, dont le règlement se trouve à présent confié à la Cour, ne saurait ternir d'aucune façon les excellentes relations que l'Italie entretient par ailleurs avec un pays qui vit avec elle dans une même communauté de valeurs, de règles et d'intérêts, à savoir l'Union européenne, que nos deux Etats ont contribué à fonder. Aujourd'hui encore, au sein de l'Union, l'Allemagne et l'Italie demeurent étroitement liées dans le cadre d'un projet ambitieux et exaltant qui vise à créer, en Europe, une société où règnerait une démocratie pluraliste avancée, fondée sur le strict respect de la primauté du droit et, en outre, sur un respect sans faille des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Nous partageons avec l'Allemagne une histoire d'initiatives communes et d'engagements politiques, économiques et sociaux conjoints en Europe et à travers le monde. Cette histoire d'engagements partagés tient en partie à ce que nous sommes conscients d'avoir hérité ensemble d'un épisode sombre — mais heureusement lointain — de totalitarisme. Mais elle trouve avant tout son origine dans la période ultérieure tout à fait distincte de la reconstruction d'après-guerre, placée sous le signe de la démocratie et de la rédemption.

11

3. C'est de cet épisode lointain et sombre de l'histoire de nos deux pays que datent les faits qui sous-tendent le différend sur lequel la Cour est priée de se prononcer. Au cœur de ce différend, on trouve les nombreux Italiens non encore indemnisés qui ont été victimes de crimes perpétrés par les forces d'occupation allemandes — je fais naturellement référence ici à une Allemagne radicalement différente de celle dont l'Italie se sent si proche aujourd'hui. Les crimes qui nous occupent remontent aux dernières années de la seconde guerre mondiale. Ce sont ces crimes, dont les victimes n'ont jamais obtenu réparation, qui ont conduit la Cour de cassation italienne à refuser à l'Allemagne le privilège traditionnel de l'immunité de l'Etat — puisque c'était la seule façon de rendre à de nombreuses personnes la justice dont elles étaient privées depuis tant d'années.

4. Monsieur le président, l'amitié sincère qui lie nos deux pays ressort également du fait que, pour régler ce différend très délicat, qui n'a pu être réglé par d'autres moyens, nos deux gouvernements se sont mis d'accord pour le soumettre au jugement impartial de la Cour, chacun étant bien conscient de la mission importante incombant à celle-ci — de par sa qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies» — d'«appliquer le droit international», forte de l'autorité et de la compétence inégalées qui lui sont universellement reconnues.

5. J'ai parlé d'accord parce que, s'il est vrai que le présent différend a été porté devant la Cour par requête de l'Allemagne le 23 décembre 2008, il est toutefois également vrai — et il semble important de le souligner — que cette requête a été déposée quelques semaines après la déclaration conjointe de Trieste du 18 novembre 2008, dans le cadre de laquelle l'Italie avait indiqué qu'elle comprenait sincèrement la décision de l'Allemagne de prier la Cour de statuer sur la question de l'immunité de l'Etat. Il ne vous aura pas échappé que l'Italie n'a dans ses écritures émis aucune objection, réserve ou contestation d'aucune sorte quant à la compétence de la Cour dans la présente affaire : cela aurait été incompatible avec le principe de la bonne foi. Les Parties sont donc toutes deux convaincues que l'arrêt de la Cour clarifiera la question complexe qui les divise, de même qu'elles sont toutes deux engagées à se conformer scrupuleusement aux décisions que la Cour jugera opportun de rendre à leur intention.

6. A cet égard, je rappellerai que, en avril 2010, le Gouvernement italien, suivi par le Parlement italien au mois de juin de la même année, a pris les mesures législatives voulues pour suspendre jusqu'à la fin de 2011 l'exécution de toutes les décisions italiennes défavorables à

**12** l'Allemagne, en attendant la décision de la Cour. Celles-ci ne seront exécutées que si la Cour conclut que l'Italie n'a pas commis les actes illicites dont l'Allemagne lui fait grief. Si la Cour a besoin de davantage de temps pour délibérer, le Gouvernement italien est prêt à proposer au Parlement de proroger les mesures suspensives déjà adoptées.

7. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, comme vous le savez, depuis que la Cour de cassation italienne a rendu son arrêt en l'affaire *Ferrini* le 11 mars 2004, l'Italie a constaté une consolidation progressive de sa jurisprudence en la matière, qui est désormais abondante et forme un tout cohérent. Dans le cadre de cette jurisprudence, dont l'Allemagne conteste la licéité, les instances italiennes qui avaient été saisies de demandes de réparation par des victimes de crimes nazis ont refusé de reconnaître l'immunité de l'Allemagne de leur juridiction. La même approche a été suivie dans des décisions très récentes. La plus importante est l'arrêt n° 11163 rendu le 12 janvier 2011 par la Cour de cassation (enregistré le 20 mai 2011). Nous avons versé une copie du texte italien au dossier de plaidoiries, avec une traduction en anglais et en français de la partie centrale du texte, dans l'éventualité où la Cour voudrait en apprécier la pertinence.

8. L'Allemagne prie la Cour de dire que ce déni de son immunité constitue un fait illicite engageant la responsabilité internationale de l'Italie à son endroit. Le Gouvernement italien, lui, exhorte au contraire la Cour à reconnaître qu'aucun fait illicite de cette nature n'a été commis, en particulier parce que le refus de l'immunité de l'Etat par les juridictions italiennes était, dans les circonstances de l'affaire, justifié en droit. Cette position, qui a été présentée de manière détaillée dans nos écritures, va vous être exposée succinctement par nos conseils.

9. Monsieur le président, notre temps de parole étant limité, je vais maintenant vous donner quelques précisions à titre préliminaire, tout en tâchant cependant de rester très concis afin de laisser aux conseils suffisamment de temps pour plaider.

Ainsi, l'Italie précisera tout d'abord qu'elle n'entend pas remettre en question le principe établi — auquel elle demeure très attachée — selon lequel tout Etat est tenu de reconnaître l'immunité des Etats étrangers devant ses tribunaux dans le cas des actes *jure imperii*. L'Italie ne nie en aucun cas que ce principe de l'immunité, bien qu'il ne fasse pas partie du *jus cogens* — ainsi qu'expliqué clairement dans notre duplique — conserve beaucoup d'importance dans les relations

13

internationales. Tel est le cas même s'il faut reconnaître également que ce principe vient limiter sensiblement la souveraineté des Etats dans l'exercice de leur juridiction, lesquels ne peuvent de ce fait garantir aux individus un droit d'accès effectif à la justice, c'est-à-dire le droit de chacun à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant. Toutefois, cette limitation de la souveraineté de l'Etat et ce sacrifice imposé à l'individu doivent être justifiés par des raisons impérieuses et ne doivent pas être disproportionnés, comme l'a maintes fois souligné la Cour européenne des droits de l'homme. Autrement dit, même lorsqu'il s'agit d'actes *jure imperii*, l'immunité de l'Etat ne peut être considérée comme absolue. En fait, dans la présente affaire, nous prions la Cour de reconnaître tout d'abord qu'il existe certains cas exceptionnels dans lesquels le refus de l'immunité est justifié en tant que dernier recours pour assurer le respect de principes impératifs du droit international et, ensuite, de conclure que ce refus est autorisé en droit lorsqu'une juridiction nationale est saisie dans le but d'obtenir réparation à raison de crimes graves qui ont été perpétrés ou qui ont produit des effets sur le territoire de l'Etat du for.

10. La deuxième précision concerne les raisons pour lesquelles l'Italie continue d'insister sur le manquement de l'Allemagne à son obligation impérative d'accorder réparation aux très nombreuses victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité imputables au Troisième Reich, et ce en dépit du fait que la Cour, dans son ordonnance du 6 juillet 2010, a déclaré irrecevable et donc rejeté la demande reconventionnelle que l'Italie lui avait présentée pour lui faire reconnaître le manquement de l'Allemagne à cette obligation de réparation. L'Italie ne conteste pas cette ordonnance, qu'elle accueille au contraire avec le plus grand respect. Elle soulignera néanmoins que, si la Cour a rejeté la demande reconventionnelle italienne, c'est parce qu'elle a jugé que celle-ci soulevait une question échappant à sa compétence *ratione temporis*. La Cour n'a absolument pas exclu que les événements auxquels cette demande reconventionnelle faisait référence — à savoir le refus de toute réparation à certaines victimes de crimes nazis — puissent se voir accorder un rôle (et peut-être même un rôle majeur) et être invoqués comme moyens de défense au stade du fond de la procédure introduite par l'Allemagne, et donc être utilisés pour déterminer si l'Italie a ou non violé ses obligations internationales dans le domaine de l'immunité juridictionnelle des Etats.

11. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, j'en arrive à présent à la question qui touche incontestablement au cœur de l'affaire portée devant vous. L'Italie reconnaît et prend toute la mesure de l'effort énorme que la «nouvelle» Allemagne a fait pour remédier aux agissements et atrocités de toutes sortes commis par les autorités nazies, dont elle a assumé l'entière responsabilité sur la scène internationale — ce qui est tout à son honneur. Cela étant, l'Italie ne peut manquer de noter que plusieurs catégories de personnes, parmi toutes celles qui ont été victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité exceptionnellement graves (en particulier, les victimes des massacres perpétrés sans discrimination par les forces armées allemandes ainsi que la plupart des militaires italiens détenus), ne se sont jamais vu accorder par l'Allemagne la possibilité d'obtenir réparation sous quelque forme que ce soit, et que, en outre, aucun instrument international n'a jamais dégagé l'Allemagne de ses obligations pour ces crimes (et aucun n'aurait pu le faire). Les juridictions italiennes se sont donc trouvées dans une situation exceptionnelle : elles constituaient le seul moyen, et même l'ultime recours, qui restait aux victimes pour tenter d'obtenir le respect, en leur faveur, des prescriptions impératives du droit international dans le domaine des réparations pour crimes de guerre et pour crimes contre l'humanité. Le caractère impératif de ces prescriptions était d'ailleurs déjà évident à l'époque où ces crimes ont été commis. Dans ces circonstances exceptionnelles, la décision des tribunaux italiens de ne pas reconnaître l'immunité de juridiction de l'Allemagne paraît justifiée en droit — du moins est-ce la proposition que le Gouvernement italien soumet humblement à la Cour. Il est important d'être extrêmement clair sur ce point, Monsieur le président : le Gouvernement italien admet volontiers qu'aucune justification ne pourrait être invoquée, au sujet du refus des juges italiens d'accorder l'immunité de juridiction à l'Allemagne, si le Gouvernement allemand en venait à admettre qu'il n'a pas à ce jour dûment accordé réparation à un très grand nombre des victimes de crimes nazis, et si, en conséquence, il convenait de prendre les mesures qui lui sembleraient s'imposer au vu des circonstances, notamment en concluant, au besoin, des accords internationaux appropriés avec l'Italie.

12. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, il me reste une dernière précision à faire à titre préliminaire. Dans ses pièces de procédure écrite, l'Italie n'a pas pris spécifiquement position sur l'une des demandes présentées par l'Allemagne dans sa requête, à

savoir la deuxième demande, selon laquelle la République italienne, en prenant des mesures d'exécution forcée visant la «Villa Vigoni», propriété de l'Etat allemand située en Italie, aurait violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne à l'égard des mesures de contrainte car cette propriété est incontestablement utilisée par celle-ci à des fins non-commerciales, comme instrument de sa politique culturelle à l'étranger. Le Gouvernement italien pense qu'il se doit de prendre position dès maintenant sur cette demande de l'Allemagne. L'Italie soutient pleinement les activités de la Villa Vigoni en tant que centre d'excellence pour la coopération italo-germanique dans les domaines de la recherche, de la culture et de l'éducation, et elle fait directement partie de sa structure spéciale de gestion binationale (germano-italienne). Par conséquent, l'Italie n'élèvera aucune objection si la Cour devait lui prescrire de prendre les mesures nécessaires pour assurer la mainlevée de l'hypothèque inscrite au cadastre sur la Villa Vigoni.

**15**

13. Monsieur le président, il ne me reste plus qu'à présenter à la Cour les conseils qui vont développer les arguments juridiques soulevés par l'Italie. M. Luigi Condorelli examinera l'objet de l'affaire dont la Cour est saisie, et exposera les principaux arguments de l'Italie. M. Salvatore Zappalà démontrera ensuite à la Cour en quoi les manquements de l'Allemagne aux obligations de réparation qui lui incombent envers les victimes de crimes internationaux perpétrés par les autorités nazies revêtent une importance décisive dans le cadre de la présente affaire. Il sera suivi de M. Paolo Palchetti, qui analysera les principes pertinents en matière d'immunité juridictionnelle de l'Etat et qui démontrera que l'Italie — contrairement à ce qu'affirme l'Allemagne — n'a pas violé ces principes. Enfin, M. Pierre-Marie Dupuy s'intéressera à la position des tribunaux italiens et montrera que, en statuant comme ils l'ont fait, ils ont respecté les principes du droit international et non pas engagé la responsabilité internationale de l'Etat italien.

Je vous prie à présent, Monsieur le président, de bien vouloir donner la parole à M. Condorelli, et vous remercie pour votre attention.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Giacomo Aiello pour sa présentation. J'appelle maintenant M. Luigi Condorelli à la barre.

Mr. CONDORELLI:

**THE DISPUTE BEFORE THE COURT: AN OVERVIEW OF THE ISSUES TO BE DECIDED**

1. Mr. President, Members of the Court, it is a great honour for me to be able to address the Court once again, and a great privilege to have been asked this time by my own Government to put before you the main arguments on which the Italian Republic bases its request to the Court to adjudge and declare that the claims made by the Federal Republic of Germany in its Application instituting proceedings of 23 December 2008 are unfounded.

**1. The dispute between the Parties and the Order of 6 July 2010.**

16

2. Mr. President, Italy's Agent has just described what lies at the heart of the dispute between our two countries: the Court must decide whether or not Italy is to be regarded as responsible to Germany for internationally wrongful acts resulting from the Italian courts' refusal to recognize Germany's jurisdictional immunity in proceedings brought by victims of Nazi crimes seeking to obtain reparation. Following your Order of 6 July 2010 by which you held that the counter-claim presented by Italy did not come under the Court's jurisdiction, the only question in dispute which you must settle is to identify the principles of international law relating to the jurisdictional immunity of States and how they apply in the present case: nothing more, Mr. President, but nothing less either.

3. The Parties are in agreement that, in the absence of any relevant conventions that would be binding between them, the principles of international law to which reference must be made in order to settle the present dispute are customary in nature. They also agree that those principles do not (or no longer) guarantee States absolute jurisdictional immunity before the courts of other States, since immunity has to be seen nowadays as limited solely to acts *jure imperii*, and as still subject — even for those acts — to a certain number of exceptions: for instance, in the case of “tort exception” or “exception délictuelle”, in other words where damage attributable to a foreign State has been inflicted in the territory of the forum State. Of course, our views differ on the exact meaning and scope of the exceptions to immunity: Italy is convinced that in addition, in certain extreme situations resulting from the most serious violations of fundamental international norms,

17

refusal to grant immunity must be regarded, where there are specific and appropriate circumstances, as legally justified; we will therefore be returning to this issue a number of times. However, both sides take the same view that the jurisdictional immunity of States no longer indisputably covers all cases in which applicants apply to the courts of a State for a ruling on any acts by another State, as used to happen in the days of absolute immunity. To put it another way, these days, in order to decide whether or not the act by the foreign State is one of those covered by a limited immunity or whether it comes under one of the exceptions provided for, the national courts are first required to analyse the act and consider its nature and characteristics, in other words to classify it and define it.

4. That observation alone shows just how far Germany is mistaken in claiming, wrongly relying on your Order of 6 July 2010, that the question of Germany's obligation to offer reparation to the Italian victims of crimes perpetrated by the Nazi authorities does not fall within the Court's jurisdiction and, consequently, is not relevant for the settlement of the present dispute<sup>1</sup>. Yet your Order, Mr. President, said nothing of the sort! You were delivering an opinion solely on the admissibility of Italy's counter-claim, not on the merits of Germany's claims. You decided that the counter-claim, which was for a finding that Germany was internationally responsible for breaching its obligation to provide reparation, was inadmissible because it did not fall within the Court's jurisdiction *ratione temporis*. However, you refrained from ruling out the possibility that the question of the breach of the obligation to provide reparation might be raised again in order to decide the merits of the dispute brought before you by the Federal Republic of Germany.

5. Your jurisdiction to decide the merits of the present dispute requires you to take cognizance incidentally of Germany's breaches of the obligation to provide reparation, otherwise you would not be able to rule on whether or not Italy's central argument, that it is precisely because of those breaches that the Italian courts were justified in refusing jurisdictional immunity, is well founded. Germany's Reply is therefore wrong — and makes some highly inappropriate comments using extremely questionable vocabulary — to label as a “futile” construction<sup>2</sup> Italy's request that the Court rule on the reparation issue. That issue, Mr. President, is far from irrelevant or “futile”:

---

<sup>1</sup>Reply of Germany (RG), paras. 2 and 9.

<sup>2</sup>RG, para. 2.

18

on the contrary, it is extremely important for the settlement of the present dispute. The case before the Court cannot be, as it were, sterilized — as the Applicant would have you believe — by reducing it purely and simply to a question of relations between sovereignties, in other words to an issue which takes no account whatsoever of human beings, their needs and their fundamental rights.

6. The international regulations on the jurisdictional immunity of States are unquestionably derived from the principles relating to the sovereign equality of States, in that they require each State to respect the sovereign prerogatives of other States and the free exercise of their governmental functions: Germany is quite right to remind us of this. However, the Applicant unfortunately tends to forget to highlight the other side of the coin, as it were, which is the cost of immunity for the State required to grant it: that State is compelled to accept considerable limitations on its sovereignty in the exercise of its judicial function, since immunity forces it to refuse to render justice by denying individuals access to guarantees of due process which protect their legal rights and interests where harm has unlawfully been inflicted by a foreign State, thereby derogating from the principles of its own domestic law and its international obligations in this field under numerous international human rights instruments. If this heavy sacrifice is inflicted on individuals, who are thus deprived of their “right to a judge” in favour of higher interests to do with respecting the sovereignty of foreign States, it must, however, be precisely because it is required by international relations and must not prove to be disproportionate to those requirements, as the European Court of Human Rights has constantly reiterated<sup>3</sup>: the international norms on immunity are designed to achieve a balance between these differing demands, and their successive amendments reflect the need to adjust that balance in line with developments in international society.

## **2. The cases brought before the Italian courts and what they have in common**

7. If we accept that when discussing immunity we must not forget human beings, their needs and their rights, I would immediately stress a point which I would ask each Member of the Court to

---

<sup>3</sup>See in particular ECHR, case of *Fogarty v. United Kingdom*, 37112/97, judgment, 21 November 2001, para. 33; case of *McElhinney v. Ireland*, 31253/96, judgment, 21 November 2001, para. 34; case of *Cudak v. Lithuania*, 15869/02, judgment, 23 March 2010, para. 55; case of *Sabeh El Leil v. France*, 34869/05, judgment, 29 June 2011, para. 47.

**19** bear in mind when you consider the Parties' written pleadings and listen to the pleadings of the Agents and counsel on both sides. The Italian courts have refused to recognize Germany's jurisdictional immunity in a series of separate cases: some dealt, for instance, with captured troops or civilians rounded up at random by the German armed forces and deported en masse to Germany to work as forced labour in conditions bordering on slavery, in total disregard of the prisoner-of-war status to which some of them should have been entitled; other cases concerned those who escaped from the terrible massacres perpetrated by the occupying army, or the spouses of people murdered as part of what has been described as a genuine war against the civilian population. All of these cases have features in common, which can be summed up in just a few words.

8. The first is that those who have brought proceedings before the Italian courts seeking reparation from Germany are all victims of violations of international humanitarian law perpetrated by the Third Reich (most of them, we should stress, in Italian territory) which were so serious and (in most cases) such terrible atrocities that they cannot but be classified as serious breaches, war crimes or crimes against humanity: this point is not disputed by the Applicant, as the Court found in paragraph 8 of the Order of 6 July 2010. The second feature is that Germany has never denied that it should assume full international responsibility for the crimes committed by the Nazi authorities, including those covered in the judicial proceedings I mentioned earlier. The third is that the proceedings before the Italian courts were brought by victims for whom Germany has never provided or granted any — I repeat, any — reparation, whether through internal measures or following international agreements with Italy. The last feature in common is that, more than 60 years after the crimes in question were committed, it was apparent to the victims that recourse to the Italian courts was the last and only means available to them to obtain any form of reparation, the only way still open to them when all other possible channels had been irrevocably blocked.

**20** 9. This is the nub of the question which it is your solemn responsibility, Members of the Court, to answer: should the Court decide — as Germany has requested — that Italy has committed internationally wrongful acts towards Germany because its courts refuse to grant Germany jurisdictional immunity for acts *jure imperii*, in cases which all share the features I have just described? Or should the Court consider — as Italy requests — that it is precisely because of

those entirely unusual features and circumstances that the denial of immunity by the domestic courts cannot be regarded as internationally wrongful?

10. Mr. President, Italy has already set out in writing the arguments on which it bases its request to the Court, and its counsel will soon summarize those arguments once again in their pleadings. It is my duty now to discuss some of the core points of Italy's argument. In the light of the observations I have just made, it appears clear that the Court cannot discharge its function without first identifying and defining the State acts on account of which proceedings were brought against Germany in the Italian courts. Secondly, the Court must address the question of how the principles concerning the jurisdictional immunity of States relate to the acts thus defined.

### **3. The legal nature of the State acts challenged before the domestic courts**

11. On the first point, it is not in dispute that the State acts challenged before the Italian courts, in relation to which jurisdictional immunity is invoked, are wrongful acts most of which were committed in Italian territory, and more precisely serious violations of fundamental principles of international humanitarian law, which it is accepted were in full force at the time of the acts. I would point out that the Court itself emphasized in 1996, referring to the 1907 and 1949 codifications of humanitarian law, that these were "treaty rules the great majority of which had *already* become customary and which reflected the most universally recognized humanitarian principles" (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996 (I)*, p. 258, para. 82; emphasis added).

21 12. The point should be made straight away that the acts in question are doubly wrongful, and were challenged before the Italian courts precisely because they are doubly wrongful: in addition to the original, as it were time-specific, crimes (massacres, deportation, forced labour, etc.) there is also the breach of the obligation to provide reparation. That breach is, as we know (from Article 14 (2) of the 2001 Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), defined as "the breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character".

13. In a few moments, Professor Zappalà will discuss these issues in detail and show in particular that Germany has never discharged its obligation to provide reparation for various groups

of victims of Nazi crimes, including Mr. Ferrini and the others: these were therefore acts whose wrongfulness continues today, since they involve the breach of obligations from which Germany has not been released by any international agreement (contrary to its claims), nor could it have been. It is appropriate here to point out a key principle of humanitarian law to which the Applicant strangely made only a brief passing reference in its written pleadings<sup>4</sup>, claiming that it had nothing to do with the subject-matter of the present dispute, and about which it has said not a single word this morning, which is really surprising! That principle, about which the Court will hear more shortly, is codified in a provision common to all four Geneva Conventions of 1949 (respectively, Articles 51, 52, 131 and 148), which expressly invalidates any international agreement by which States seek to absolve themselves of liability for grave breaches of international humanitarian law. What else are the waiver clauses which Germany keeps on invoking (such as the one in Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty), if not precisely the sort of absolving agreements prohibited, if those treaty clauses are to be interpreted as covering the serious crimes committed by the Nazi authorities? But in reality — and here I am jumping ahead to what my colleagues will show you shortly — this is absolutely not the case: Italy has undoubtedly undertaken to relinquish many things, but it has never undertaken to absolve Germany of its responsibility for the serious crimes it committed, nor would it have been allowed to do so, in any case.

**22**

14. Mr. President, the State acts challenged before the Italian courts, in relation to which Germany has invoked jurisdictional immunity, are thus wrongful acts with very particular overtones, involving as they do serious breaches of obligations required by principles of international law enshrining fundamental values of the international community: principles which surely form part of what the Court has defined as “rules of humanitarian law . . . so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’”, and which the Court has defined as having to be observed “by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996 (I)*, p. 257, para. 79). Can we use the term “jus cogens” about “rules so fundamental”, to use

---

<sup>4</sup>RG, para. 47.

23 the Court's own expression, even though they were unquestionably in force at the time of the acts in question, in other words well before the 1969 Vienna Convention and its Article 53? This is a discussion I think it would be pointless to engage in, whatever the Applicant may think, particularly as it has accepted, in passing, that the relevant principles of humanitarian law "may be seen as precursors of the current concept of *jus cogens*"<sup>5</sup>. What is important in the end is to recognize that these are "intransgressible" principles which are fundamental for the protection of human beings, and, in particular, that derogations from them, whether through international agreements or otherwise, were not allowed in the past just as they are still not allowed today. I would point out that, in its commentary on the 2001 Articles on State Responsibility, the International Law Commission followed exactly the same reasoning on the principles of international humanitarian law<sup>6</sup>. Not to mention the fact that, even if it were agreed that these principles should instead be regarded as *jus cogens superveniens*, they would still deploy effects at the very least as regards the proper interpretation of the relevant international instruments, should such instruments have to be taken into account and applied in the present case.

#### **4. The implications of the principles regarding the jurisdictional immunity of States for the State acts in question and the "tempus regit actum" principle**

15. Once the Court has identified the nature and main characteristics of the *acta jure imperii* attributable to the German State which have been challenged before the Italian courts, the fundamental question for the Court is to ascertain how these are affected by the principles regarding the jurisdictional immunity of States. Professors Palchetti and Dupuy will shortly address the Court to present the arguments which we believe should persuade the Court to adjudge and declare that the Italian courts' refusal to allow Germany jurisdictional immunity is justified in law in the present case, in view of the particular characteristics of the cases brought before them, and that Italy has therefore not committed any wrongful act against the Applicant.

16. I myself would like to say just a few more words on a more general subject already discussed at length by the Parties: whether the principles of international law concerning the

---

<sup>5</sup>RG, para. 45.

<sup>6</sup>*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, para. 5, under Article 40: "In the light of the description by the ICJ of the basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict as 'intransgressible' in character, it would also seem justified to treat these as peremptory."

jurisdictional immunity of States to be applied for the settlement of the present dispute are those currently in force, or those from earlier years, as the Applicant argues. For the Applicant, the Italian courts should have confined themselves to the principles as they existed at the time of the crimes complained of (in the 1940s), since — it argues — *tempus regit actum*. Italy, on the other hand, does not, of course, raise any objection as to the general validity of the *tempus regit actum* principle, but stresses that the acts to be assessed in the light of the norms of international law concerning immunity are not the war crimes and crimes against humanity of the 1940s, they are the decisions of the Italian courts which, since 2004, have affirmed that they were able to exercise jurisdiction in respect of Germany. The wrongful acts of which Germany accuses Italy and to which its application to the Court refers are constituted by Italian “judicial practice”<sup>7</sup>, starting with the *Ferrini* judgment of 2004, in which — again using the Applicant’s words — “Italy has infringed and continues to infringe its obligations towards Germany under international law”<sup>8</sup>. It is therefore on the basis of the international principles in force at the time when an application implicating a foreign State was brought before the domestic court that it must be assessed whether or not that court acted in accordance with the international obligations of the State concerning the exercise of its jurisdiction in respect of foreign States. Since both sides have made their positions clear, there is no point in going back over the debate, except to make one final observation.

17. As we know, in Italian law, whether or not a court has jurisdiction to hear a case must always be determined on the basis of the law in force at the time when the case is brought before the court. It is also well known that the same approach is followed when deciding whether or not the court can exercise its jurisdiction in respect of a foreign State: there is settled jurisprudence on this question, following the teachings of celebrated professors such as Gaetano Morelli and Mario Giuliano, and others.

18. In its Rejoinder<sup>9</sup>, Italy stated that Article 4 of the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property incorporates precisely this approach, which also reflects the outcome of the work of the International Law Commission, to which no State

---

<sup>7</sup>Application of Germany, para. 13.

<sup>8</sup>*Ibid.*

<sup>9</sup>Rejoinder of Italy (RI), paras. 4.1-4.4.

expressed opposition: Article 4 establishes that the Convention is non-retroactive, but expressly states that it “shall not apply to any question of jurisdictional immunities of States or their property arising in a proceeding instituted against a State before a court of another State prior to the entry into force of the present Convention . . .”. In other words, what counts in order to establish whether or not the principles of the Convention apply is not the date when the acts of the respondent foreign State took place, but the date when the case was brought before the national court, so that the acts in question may have been well before the Convention entered into force.

25 19. Of course, the 2004 Convention has still not come into force, even if the number of ratifications continues to rise — twelve so far, since France’s ratification has just fallen through; other ratifications, including Italy’s, are in the pipeline. Of course, a few rare States have adopted different solutions in their legislation or judgments: the Applicant makes a point of commenting on this<sup>10</sup>, but forgets that they are few and far between. However, given that the figures in practice are so indicative that the 2004 Convention is being followed, how could the Court rule that the approach followed on this subject both by Italy and by many other States breaches the principles of general international law on the jurisdictional immunity of States?

20. Mr. President, Members of the Court, I will end there and would like to thank you very much for your attention. I would ask, Mr. President, that you now give the floor to Professor Zappalà.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Luigi Condorelli de son exposé. J’invite maintenant M. Salvatore Zappalà à prendre la parole.

M. ZAPPALÀ :

**L’ABSENCE DE RÉPARATION À RAISON DES CRIMES DE GUERRE ET DES CRIMES CONTRE  
L’HUMANITÉ COMMIS PAR LE III<sup>E</sup> REICH CONTRE DES VICTIMES ITALIENNES**

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, c’est un grand honneur pour moi que de me présenter devant la Cour pour la première fois et de le faire au nom de mon pays, l’Italie. Cette partie des plaidoiries de l’Italie portera sur le fait que les nombreuses victimes italiennes des

---

<sup>10</sup>RG, para. 36.

crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis par le III<sup>e</sup> Reich en Italie entre 1943 et 1945 n'ont jamais obtenu réparation, et sur ses conséquences pour le présent différend.

**1. La question en litige : les obligations de réparation de l'Allemagne à raison des violations graves du droit international humanitaire commises entre 1943 et 1945 contre des victimes italiennes et les traités conclus après la seconde guerre mondiale**

**A. L'absence de réparation offerte par l'Allemagne aux victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire**

26

2. L'Allemagne n'a pas offert de réparation parce qu'elle n'aurait, selon elle, aucune obligation envers l'Italie ni envers les victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire, et ce, sur la base d'un argument principal. L'Allemagne considère que le traité de paix de 1947 conclu entre l'Italie et les puissances alliées a réglé une fois pour toutes, par une «clause de renonciation», l'ensemble de la question des réparations, y compris celles qui sont dues à raison de violations graves du droit international humanitaire.

3. A l'opposé, l'Italie fait valoir que cette prétention est erronée et fonde sa position sur deux raisonnements autonomes (mais se renforçant mutuellement) : 1) la clause de renonciation ne vise pas (et ne saurait viser) les violations graves du droit international humanitaire ; 2) la clause de renonciation devait opérer exclusivement au profit des puissances occupantes de l'Allemagne à l'époque.

**B. Les violations graves du droit international humanitaire n'entrent pas dans le champ d'application de la clause de renonciation de 1947**

**i) La lettre du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 : le champ d'application *ratione materiae* de la clause de renonciation**

4. Le texte du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, que Mesdames et Messieurs les juges trouveront dans leur dossier indique clairement, lorsqu'on l'interprète correctement, que le champ d'application de la clause de renonciation est limité et n'englobe pas les violations graves du droit international humanitaire.

5. La clause stipule que l'Italie renonce à toutes *réclamations* qui *n'étaient pas réglées* le 8 mai 1945. Cette renonciation concerne nécessairement les réclamations qui avaient déjà été présentées sous une forme ou sous une autre à la date de la cessation des hostilités. La disposition

ne vise pas seulement des *faits* qui se sont produits avant le 8 mai 1945. On voit mal comment une telle clause pourrait inclure *toutes les réclamations futures*, comme certains le voudraient. Bien entendu, les réclamations futures n'étaient pas réglées le 8 mai 1945, mais en réalité les réclamations *futures* à proprement parler ne s'étaient pas fait jour à cette date. Par définition, les situations qui ne faisaient pas encore l'objet de demandes de paiement ne sauraient être qualifiées de *réclamations* et de ce fait toute demande de cette nature présentée à une date ultérieure n'entre pas dans le champ d'application de la clause. Il serait déraisonnable de considérer que l'expression «réparation non réglée» renvoie à *tous les faits* intervenus entre le 1<sup>er</sup> septembre 1939 et le 8 mai 1945. Si les rédacteurs avaient voulu parler des faits, quel qu'ils soient, sur lesquels des réclamations auraient pu être fondées, ils l'auraient fait. Toute autre interprétation de la notion de «réclamation non réglée» irait à l'encontre de la lettre de cette disposition et serait donc irrecevable.

6. En second lieu, et il s'agit là d'un point crucial : cette disposition concerne expressément les réclamations à caractère économique. Elle porte exclusivement sur les réclamations qui résultent de *contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur* après le 1<sup>er</sup> septembre 1939. C'est ce qui ressort non seulement de la lecture du texte de la disposition, mais également de son interprétation contextuelle et systématique : en particulier lorsque l'on considère que l'article 77 porte entièrement sur des questions relatives à la propriété et aux biens<sup>11</sup>.

27

7. A cet égard, il est intéressant de noter que l'Allemagne elle-même, dans sa réplique, a reconnu que cette disposition concerne essentiellement des questions économiques<sup>12</sup>. Bien qu'elle tente ensuite, déraisonnablement, d'élargir l'interprétation de cette clause en ne mettant l'accent que sur la seconde partie de la disposition, censée justifier une interprétation plus large, le passage en question ne doit pas être interprété isolément.

8. Pour être plus précis, arrêtons-nous sur cette seconde partie du paragraphe 4. Il y est question de «créances», puis de toutes les réclamations de caractère intergouvernemental relatives à «des accords conclus au cours de la guerre». Seuls les tous derniers mots de cette disposition précisent qu'elle s'applique également «à toutes les réclamations portant sur des pertes ou des

---

<sup>11</sup> Voir par. 1-3 et 5 de l'article 77 du traité de paix de 1947.

<sup>12</sup> Réplique de l'Allemagne (RA), par. 23.

dommages survenus pendant la guerre». Cependant, même ces deux derniers termes («pertes» et «dommages»), qui pourraient en théorie paraître d'acception plus large, doivent être interprétés à la lumière de l'ensemble de la disposition. Selon toute interprétation raisonnable, ces termes doivent nécessairement renvoyer aux pertes et dommages liés aux accords, contrats, créances et autres obligations contractuelles mentionnés plus haut et aux relations économiques sous-jacentes. Rien dans cette disposition n'indique que sont visées des réclamations de *quelque autre* nature. La seconde phrase du paragraphe 4 ne peut être interprétée comme une clause autonome ; elle doit être lue avec la première partie du même paragraphe et à la lumière de la portée de l'article 77, qui est entièrement consacré aux questions économiques. On révèle ainsi la véritable portée de la clause de renonciation : elle vise toutes les réclamations non réglées relatives à des questions économiques et à des questions financières pendantes découlant d'accords conclus pendant la guerre.

28 9. Cette interprétation textuelle et contextuelle devient encore plus évidente lorsqu'on interprète le paragraphe 4 de l'article 77 de façon systématique et élargie, en le comparant à d'autres dispositions du traité, comme l'article 76 (que les juges trouveront également dans leur dossier). L'article 76 contient des clauses de renonciation au bénéfice des puissances alliées qui sont formulées d'une façon beaucoup plus détaillée. Elles sont également plus larges et toutes leurs conséquences sont précisées de façon expresse. Elles visent «toute réclamation de quelque nature que ce soit», ce qui inclut «les réclamations relatives à des pertes ou dommages subis par suite de l'action des forces armées ou des autorités de puissances alliées ou associées», et les «réclamations résultant de la présence, des opérations ou de l'action des forces armées ou des autorités de puissances alliées ou associées». En bref, ces dispositions sont plus précises et mentionnent explicitement les conséquences des actions des autorités et des forces armées liées à leurs opérations en Italie. En outre, l'article 76 — par opposition au paragraphe 4 de l'article 77 — n'est pas limité aux réclamations «non réglées». Ce dernier point permet de souligner *a contrario* que les réclamations futures doivent inévitablement être exclues du paragraphe 4 de l'article 77.

10. S'ils avaient voulu conférer à la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 une portée aussi large qu'à celles figurant à l'article 76, les auteurs auraient utilisé les mêmes termes ou expressions, ou la même technique ; ou ils auraient tout simplement renvoyé au champ d'application de l'article 76. Mais de toute évidence, le paragraphe 4 de l'article 77 a une portée

plus étroite et ne contient pas l'expression beaucoup plus large : «toute réclamation *de quelque nature que ce soit*».

11. Le paragraphe 4 de l'article 77 concerne *des réclamations non réglées à caractère exclusivement économique*. La conclusion inévitable d'une interprétation littérale, contextuelle et systématique de cette disposition est qu'elle n'englobe pas les violations graves du droit international humanitaire. En conséquence, l'Allemagne était et est toujours tenue, au regard du droit international, d'accorder une réparation appropriée aux victimes italiennes des crimes de guerre commis par le III<sup>e</sup> Reich.

**ii) L'impossibilité de déroger à l'obligation de réparation à raison de violations graves du droit international humanitaire**

12. Venons-en maintenant à un autre argument qui mérite d'être quelque peu clarifié : une clause de renonciation générale ne prévoyant aucune réparation à raison des crimes de guerre aurait-elle été possible ? Ainsi que cela est exposé plus en détail dans le contre-mémoire, la responsabilité de l'Etat résultant de manquements graves au droit international humanitaire devrait, dans une large mesure, être considérée comme «intransgressible» (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, par. 157). Cela découle de la règle bien établie (et codifiée dans les conventions de Genève de 1949) selon laquelle un Etat ne saurait s'exonérer lui-même, ni exonérer un autre Etat, de pareille responsabilité.

29

13. Le régime juridique de la responsabilité à raison de violations graves du droit international humanitaire peut être défini en se référant à l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907, aux articles 51, 52, 131 et 148 communs aux quatre conventions de Genève de 1949 et à l'article 91 du premier protocole additionnel de 1977. Ces dispositions sont communément considérées comme reflétant le droit coutumier. Comme chacun sait, l'article 3 dispose que «[l]a partie belligérante qui violerait les dispositions du [Règlement de La Haye] sera ... responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée» ; l'article 51 (et les dispositions identiques des autres conventions de Genève) précise, quant à lui, qu'«[a]ucune partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre partie

contractante, *des responsabilités* encourues par elle-même ou par une autre partie contractante en raison de[violations graves des conventions]» (les italiques sont de moi).

14. Il en ressort tout à fait clairement que, afin de préserver certaines valeurs fondamentales, ce régime de responsabilité prévoit que les violations graves du droit international humanitaire doivent donner lieu à réparation et que les Etats n'ont pas le droit de s'exonérer eux-mêmes, ni d'exonérer un autre Etat, des responsabilités encourues en raison de ces violations. C'est qu'en effet, ainsi que la présente Cour l'a affirmé avec autorité, les «règles fondamentales [du droit humanitaire] constituent *des principes intransgressibles du droit international coutumier*» (voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 257, par. 79 ; les italiques sont de moi). Si les Etats étaient autorisés à effacer la responsabilité résultant des violations les plus graves du droit international humanitaire, que resterait-il du caractère intransgressible de ces principes ?

Tant la logique juridique que les travaux préparatoires de ces dispositions montrent que celles-ci visent à tout le moins à créer pour les Etats l'obligation d'examiner *sérieusement*, à la fin d'un conflit, la question des réparations à raison des crimes de guerre ; de plus, ces dispositions sont conçues comme un instrument permettant de faire en sorte que les prescriptions du droit international humanitaire soient davantage respectées<sup>13</sup>. En effet, ainsi qu'un éminent auteur l'a précisé, «étant donné que les individus ne peuvent présenter directement leurs réclamations en se fondant sur [l'article 3], il a été jugé primordial que les Etats ne renoncent pas à leurs demandes en réparation à raison de violations graves du droit humanitaire»<sup>14</sup> [*traduction du Greffe*].

30

15. Nous ne répéterons pas ici les arguments que nous avons présentés dans le contre-mémoire. Il convient cependant de souligner qu'une clause de renonciation interprétée de façon aussi large que l'Allemagne le préconise reviendrait à *exonérer celle-ci de toute responsabilité à raison des crimes de guerre commis contre des victimes italiennes et des conséquences de cette responsabilité*. Or, pareille renonciation aurait été impossible au regard du droit international. Quoique les Etats jouissent d'une très grande latitude dans la conception des

---

<sup>13</sup> Ch. Greenwood, *International Humanitarian Law (Laws of War)*, in F. Kalshoven (dir. publ.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, Martinus Nijhoff Publishers (2000), p. 250.

<sup>14</sup> A. Gattini, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 351.

systèmes de réparations, aucune interprétation raisonnable du régime de la responsabilité des Etats à raison de crimes de guerre ne saurait partir du principe que ceux-ci renoncent purement et simplement à leurs réclamations ainsi qu'à celles de leurs nationaux, et ce, sans contrepartie. Un règlement exige en effet une forme de *relation synallagmatique*. Accepter une interprétation très large de la clause de renonciation serait illogique et reviendrait en fait à effacer toutes les conséquences de la responsabilité ; de plus, cela affaiblirait considérablement l'ensemble du système de garanties en matière de droit international humanitaire. A cet égard, il a été précisé que «le devoir des Etats d'indemniser les victimes des violations du droit de la guerre qu'ils commettent ... pourrait se révéler un moyen important pour les encourager à respecter ce droit»<sup>15</sup> [traduction du Greffe]. Or, de toute évidence, ce «moyen important» serait mis en échec si les Etats avaient le droit de s'exonérer eux-mêmes ou d'exonérer d'autres Etats de la responsabilité résultant de la commission de crimes de guerre. Le fait de considérer que les Etats seraient autorisés à conclure des accords qui annulent purement et simplement les conséquences de leur responsabilité à raison de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité s'apparente en tous points à une autorisation ou à une légalisation *post facto* de la violation de règles pourtant «intransgressibles». A cet égard, il a été précisé ce qui suit :

«Il convient ... de douter que la Cour ait voulu indiquer tout simplement ... que les principes en question ne doivent pas être transgressés : cela est vrai, en effet, pour n'importe quelle norme juridique prescrivant une quelconque obligation... la Cour a entendu proclamer quelque chose de bien plus incisif et significatif, sans doute dans le but de rapprocher les règles fondamentales ainsi qualifiées [du] *jus cogens*.»<sup>16</sup>

16. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué au cours de la présente instance, le régime de la responsabilité des Etats à raison des violations les plus graves du droit international humanitaire était déjà en vigueur dans les années 1940 en tant que droit coutumier, lequel a été codifié par la suite dans les conventions de Genève de 1949. Ces dispositions, lues conjointement avec celles qui portent sur le traitement des personnes protégées, pourraient être considérées comme un précurseur

---

<sup>15</sup> Voir Greenwood, *op. cit.*, *supra* note 13, p. 251.

<sup>16</sup> Voir L. Condorelli, «La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires : *jura non covet curia*», in *Revue internationale de la Croix Rouge*, 1997, 823, par. 4, <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzh76.htm>.

de la notion de *jus cogens*. Dès lors, toute clause exonérant un Etat de sa responsabilité à raison de crimes de guerre serait entachée d'illicéité<sup>17</sup>.

**31** 17. Une disposition interdisant aux Etats de s'exonérer eux-mêmes de toute responsabilité implique également qu'ils ne sauraient valablement conclure d'accords pour parvenir à ce même résultat, y compris au profit d'une tierce partie. Par conséquent, la seule interprétation correcte de la clause, cohérente avec le caractère intransgressible des principes en question, est qu'elle ne s'applique pas aux violations graves du droit international humanitaire. Cette clause n'a jamais été conçue comme telle et, même à supposer le contraire, toute tentative de renoncer à des réclamations découlant de pareilles violations serait illicite et dépourvue d'effet.

### **C. La clause de renonciation de 1947 en tant que simple report de la question des réparations, et les accords ultérieurs entre les Parties**

18. Le deuxième argument est que, en tout état de cause, la clause de renonciation de 1947 n'était pas censée s'appliquer au profit de l'Allemagne en tant que telle. L'objet et le but du traité de paix, qui portait essentiellement sur les relations entre l'Italie et les puissances alliées, n'étaient certainement pas de procéder à un règlement final des réparations à raison des crimes de guerre entre l'Italie et l'Allemagne. Cela ressort non seulement de la lettre du traité, mais aussi de la pratique conventionnelle ultérieure des deux Etats.

19. A cet égard, je me référerai à l'accord de Londres de 1953 sur les dettes extérieures de l'Allemagne et aux deux accords de 1961 par lesquels celle-ci offrait une indemnisation pour deux catégories de réclamations formulées par l'Italie et des nationaux italiens.

20. Comme chacun sait, les deux accords de 1961 portent, d'une part, sur le *règlement* de certaines questions économiques pendantes et, d'autre part, sur l'indemnisation des victimes de la persécution nazie. Seul ce dernier volet — «l'accord d'indemnisation» — est donc pertinent aux fins du présent différend ; encore ne traitait-il que d'un des aspects des réparations dues par l'Allemagne aux victimes italiennes de graves violations du droit international humanitaire et constituait-il, ainsi que l'Allemagne le reconnaît, une mesure d'indemnisation partielle de certaines catégories limitées de victimes<sup>18</sup>. Nos contradicteurs l'ont d'ailleurs rappelé hier en indiquant que

---

<sup>17</sup> Voir Gattini, *op. cit.*, *supra* note 14, p. 366.

<sup>18</sup> RA, par. 33.

«l'Allemagne a[vait] ... décidé d'indemniser certains groupes de victimes ... notamment les victimes de persécutions raciales»<sup>19</sup>. Par conséquent, la question des réparations à raison des crimes de guerre commis à l'encontre de toutes les autres catégories de victimes n'a pas été traitée en 1961, et elle ne l'a pas été par la suite.

**32**

21. Les accords de 1961 eux aussi contenaient des clauses de renonciation, mais celles-ci ne s'appliquaient qu'aux réclamations qui entraient spécifiquement dans leur champ d'application, à savoir les questions économiques pendantes et les demandes d'indemnisation formulées par les victimes de persécutions.

22. Le fait qu'aucune décision finale n'a été prise en ce qui concerne la réparation à raison des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dans le cadre des relations entre les deux pays ressort en outre de la ratification ultérieure par l'Italie, en 1966, de l'accord de Londres sur les dettes extérieures de l'Allemagne. De toute évidence, le fait que plusieurs questions étaient toujours pendantes ne faisait mystère pour personne, et elles ont dû être reportées à une date ultérieure. L'article 5 de l'accord de Londres renvoie d'ailleurs plusieurs questions ayant trait aux réparations sont reportées au *règlement définitif du problème des réparations*, ce qui confirme que la question des réparations à raison des crimes de guerre n'avait pas été réglée à l'époque.

23. En 1990, après la réunification de l'Allemagne, lorsque le traité «4+2» entre les puissances alliées et les «deux Allemagnes» a été conclu, cette question n'a pas même été évoquée. Cela peut être interprété de différentes manières. Quoi qu'il en soit, cela ne signifie pas que cette question ait été considérée comme ayant été réglée auparavant ; cela indique seulement qu'aucune solution n'a été trouvée. Ni la clause de renonciation de 1947 ni les accords de 1961 ne constituent un règlement des réparations à raison des crimes de guerre ; même en 1990 (et depuis lors), aucune mesure n'a été prise en ce qui concerne la question des réparations à raison des graves violations du droit international humanitaire. En résumé, la question des réparations reste ouverte.

---

<sup>19</sup> CR 2011/17, p. 35, par. 32 (Tomuschat).

**D. Résumé : l'Allemagne demeure tenue d'accorder une réparation appropriée aux victimes italiennes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité**

24. Les remarques exposées ci-dessus me permettent de formuler quelques conclusions préliminaires : tout d'abord, l'Allemagne n'a jamais indemnisé les victimes italiennes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité au motif que le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 l'aurait libérée de *toutes* ses obligations.

33 25. Cette disposition n'a toutefois pas exonéré l'Allemagne — et ne pouvait pas l'exonérer — de sa responsabilité à raison de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Les violations graves du droit international humanitaire ne peuvent être assimilées à des questions économiques, à des dettes, à des pertes ou à des dommages au sens large. Les violations graves du droit international humanitaire sont des violations du droit international tout à fait particulières, comme l'est l'obligation de les réparer. Ces obligations juridiques ne peuvent être purement et simplement écartées. Les Etats peuvent évidemment convenir de la manière de régler les demandes d'indemnisation liées à de telles violations, mais ils ne jouissent pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu aux fins de la conclusion des accords y afférents. Ils doivent respecter certains principes fondamentaux et veiller à ce que le règlement n'ait pas simplement pour effet d'effacer les conséquences découlant de la responsabilité, les victimes devant être indemnisées sous une forme ou sous une autre.

**2. Quel devrait être le régime de réparation pour les victimes italiennes de graves violations du droit international humanitaire ?**

26. Les demandeurs se répartissent, pour l'essentiel, en trois catégories : premièrement, les personnes ayant été arrêtées en territoire italien et déportées en Allemagne où elles ont été astreintes au travail forcé ; deuxièmement, les membres des forces armées italiennes ayant été capturés par les autorités nazies, privés de leur statut de prisonnier de guerre et astreints au travail forcé ; et, troisièmement, les victimes de massacres perpétrés par les forces allemandes, des centaines de civils lors de chaque incident, y compris des femmes et des enfants, qui ont été assassinés.

27. L'Italie ne conteste pas le «pouvoir des Etats de conclure des accords prévoyant l'indemnisation des victimes de violations graves du droit international humanitaire». Nous relevons cependant qu'aucun régime de réparation n'a été mis en place pour l'une quelconque de

ces catégories de victimes italiennes, y compris M. Ferrini et toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire, ou pour toutes les victimes de massacres commis en Italie par les nazis.

28. A cet égard, quelques commentaires s'imposent quant à la situation particulière de certaines catégories de victimes. En ce qui concerne les internés militaires italiens, les propos tenus par l'Allemagne dans sa réplique au sujet du système mis en place en 2000 avec la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» sont stupéfiants : elle donne l'impression de se voiler la face. L'Allemagne indique en effet que, «[e]n tant que prisonniers de guerre, les membres de ce groupe n'avaient pas été pris en compte dans ce régime de réparation»<sup>20</sup>. L'une des violations que le III<sup>e</sup> Reich a commise à l'encontre de ces personnes était justement de refuser de leur reconnaître le droit d'être traitées comme des prisonniers de guerre. Plus de cinquante ans après, la nouvelle Allemagne, enfin réunifiée, dit à ces mêmes personnes qu'elles ne peuvent être indemnisées dans le cadre du régime mis en place par la Fondation parce qu'elles *étaient* des prisonniers de guerre. Cela est surréaliste : c'est un vide juridique kafkaïen. Alors même qu'elles auraient dû être traitées comme des prisonniers de guerre, ces personnes ne l'ont pas été. Or, l'Allemagne les considère, aujourd'hui, comme des «prisonniers de guerre» pour ne pas les indemniser. Est-il besoin d'éléments de preuve supplémentaires afin d'établir qu'il y a bien déni de justice ?

34

29. En outre, en ce qui concerne la dernière catégorie de victimes — à savoir les civils exterminés pour punir des villages entiers du soutien qu'ils auraient apporté à la résistance —, il convient de relever que ce n'est que récemment — dans les années 1990 — que des preuves des massacres perpétrés par les agents du III<sup>e</sup> Reich en Italie ont été découvertes, et que plusieurs affaires sont aujourd'hui portées devant des juridictions pénales en Italie. Dans le cadre de ces instances pénales, les victimes ont formé des demandes civiles *à la fois* contre les anciens agents de l'Etat accusés des crimes et contre l'Allemagne elle-même en tant qu'Etat responsable de ces violations.

30. Deux des principaux éléments de ces affaires méritent d'être pris en compte. Premièrement, ces crimes n'avaient pas encore été établis — et, dans certains cas, les victimes n'avaient pas même été identifiées — à l'époque où l'Allemagne prétend avoir été exonérée de sa

---

<sup>20</sup> RA, par. 13.

responsabilité, c'est-à-dire en 1947. Il en va de même des accords de 1961. Ces réclamations ne peuvent dès lors pas entrer dans les prévisions des dispositions de ces traités. Deuxièmement, si les arguments de l'Allemagne relatifs à la portée de la clause de 1947 étaient exacts, s'en suivrait une situation paradoxale puisque cette clause vaudrait à la fois pour l'Allemagne et ses ressortissants : la responsabilité des défendeurs pourrait encore être établie au pénal, mais pas au civil. Cela serait absolument illogique et pareille solution ne saurait être expliquée de manière convaincante. L'évolution récente du droit pénal international — comme, par exemple, les statuts de la CPI et du Tribunal spécial pour le Liban — atteste que la responsabilité pénale et la responsabilité civile pour crime de guerre vont de pair. Rien ne justifie d'exonérer l'auteur de l'infraction de sa responsabilité civile, et rien ne justifie d'exonérer l'Etat responsable. Selon la thèse développée par l'Allemagne, la clause de renonciation exonérerait à la fois l'Allemagne et les défendeurs de toute responsabilité civile, alors même que ces derniers, en dépit de leur grand âge, pourraient encore faire l'objet de poursuites pénales. Si l'interprétation que fait l'Allemagne de la clause de renonciation était la bonne, les demandeurs pourraient obtenir la condamnation des défendeurs au pénal, mais ils ne pourraient obtenir d'eux aucune indemnisation. Comme indiqué dans le

35 individus fussent punis alors que l'Etat au nom de qui ils agissent — et parfois sur ses instructions — serait libéré de toute responsabilité»<sup>21</sup>. Serait-ce logique ? Assurément pas.

### **3. Non-pertinence aux fins du présent différend de la question relative au droit des particuliers à réparation**

31. Pour terminer, je souhaiterais dire quelques mots sur une question subsidiaire, mais fort sensible : le droit individuel à réparation. L'Allemagne s'est longuement attachée, dans sa réplique et dans ses plaidoiries, à démontrer qu'il n'existe pas de droit individuel à réparation. Il est quelque peu surprenant qu'elle accorde autant d'importance aux arguments visant à nier l'existence d'un tel un droit. La question posée en la présente affaire est celle de la responsabilité de l'Etat dans sa dimension interétatique. Des crimes ont été commis en Italie par des agents du III<sup>e</sup> Reich ; l'Allemagne en a assumé la responsabilité ; la responsabilité emporte obligation d'indemniser les

---

<sup>21</sup> J. Pictet (dir. publ.), *Commentary to the Fourth Geneva Convention*, art. 148, p. 603.

victimes ; il n'y a pas eu indemnisation. L'Allemagne a donc violé les obligations internationales lui incombant et demeure tenue d'indemniser de manière appropriée les victimes italiennes de crimes de guerre. C'est tout. La question du droit des victimes à obtenir réparation à titre individuel ne se pose pas. Ce qui nous intéresse aujourd'hui, c'est que l'Allemagne ne se soit jamais conformée à l'obligation, intransgressible, qui lui incombe d'indemniser les victimes et l'incidence que cela a eu sur certaines instances devant les tribunaux italiens.

32. Il convient de noter en passant que, du point de vue de la méthode, l'Allemagne se fonde souvent sur des considérations politiques et non sur le droit : elle tente de brosser un tableau catastrophique des conséquences qu'aurait une décision qui reconnaîtrait aux victimes le droit d'assigner les Etats devant les tribunaux internes à raison de violations graves du droit international humanitaire. L'Italie ne prie toutefois pas la Cour d'établir que les victimes individuelles de violations graves du droit international humanitaire ont un droit illimité de demander directement réparation devant les tribunaux internes ; et encore moins de remettre en cause des accords que les Parties ont mûrement réfléchis.

36

33. L'obligation d'indemnisation consacrée à l'article 3 de la IV<sup>e</sup> convention de La Haye de 1907 doit être considérée comme la pierre angulaire d'un système dans le cadre duquel les violations graves du droit international humanitaire doivent être réparées. Il peut être satisfait à cette obligation soit par le biais d'accords interétatiques, soit par le biais d'une indemnisation directe des victimes, soit par la mise en place, par les parties concernées, d'autres mécanismes. Toutefois, si aucune de ces mesures n'est prise, il n'y a pas réparation et il n'y a pas exonération de responsabilité. Il est impossible de nier la responsabilité et le droit des victimes à réparation. Les Etats doivent négocier des accords par lesquels les obligations de réparation sont mises en œuvre. Ce n'est qu'en dernier recours, lorsqu'aucune autre voie n'est ouverte, que l'on peut soutenir — comme d'aucuns l'ont fait — que les victimes pourraient être fondées à demander réparation directement devant les tribunaux internes<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Voir, bien qu'avec certaines nuances, Gattini, *op. cit.*, *supra* note 6, p. 367.

#### 4. Conclusion

34. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, l'Italie partage l'opinion de l'Allemagne selon laquelle l'immunité «a conservé sa justification en tant que règle de bon sens permettant, dans les relations interétatiques, de régler, de manière mûrement réfléchie, par voie de négociation et de traité, la question des dommages»<sup>23</sup>. L'Italie convient également que «le règlement des dommages de guerre suit généralement les mécanismes habituels de la diplomatie internationale ... [et qu']il est possible de veiller à un équilibre prudent des droits et obligations réciproques»<sup>24</sup>. Cependant, la présente instance tient précisément au fait que la question des dommages causés par le III<sup>e</sup> Reich aux victimes italiennes n'a pas été réglée de manière mûrement réfléchie et qu'un «équilibre prudent des droits et obligations réciproques n'a pas été réalisé».

35. L'Italie est également d'accord avec l'Allemagne lorsque celle-ci indique qu'«un Etat tenu à des réparations jouit d'un large pouvoir discrétionnaire quant aux voies et aux moyens de s'acquitter de son obligation»<sup>25</sup>. Toutefois, la question est précisément que cette réparation doit en fin de compte avoir lieu. Le pouvoir discrétionnaire ne saurait être poussé jusqu'au point d'ignorer les obligations qui découlent de la responsabilité de l'Etat pour crimes de guerre et de laisser des milliers de victimes sans aucune forme de réparation.

36. L'important en l'espèce est que l'Allemagne était tenue de réparer mais qu'elle ne s'est pas acquittée de cette obligation. Elle demeure tenue de réparer les violations graves du droit international humanitaire et, puisqu'elle ne s'est acquittée de ses obligations ni envers l'Italie ni envers les victimes italiennes, les tribunaux italiens se sont retrouvés contraints d'écarter l'immunité de l'Etat pour ne pas contribuer au maintien d'une situation illicite, comme mes collègues l'expliqueront plus en détail.

37. Assez de temps s'est écoulé depuis les événements pour que l'Allemagne puisse procéder aux réparations nécessaires ; or, certaines décisions négatives prises par les autorités allemandes pendant cette période sont encore venues confirmer que l'Allemagne n'avait pas l'intention de s'acquitter de ses obligations. Il était donc devenu manifeste que le seul moyen de faire exécuter des obligations intransgressibles était de refuser l'immunité invoquée.

---

<sup>23</sup> RA, par. 4.

<sup>24</sup> *Ibid.*, par. 6.

<sup>25</sup> *Ibid.*, par. 11.

38. L'Allemagne fait valoir que «le régime de réparation reposait entièrement sur le principe selon lequel celle-ci devait être demandée et versée exclusivement à titre collectif au niveau interétatique... Un régime de réparation de ce type ne saurait être remis en cause rétroactivement.» L'Italie réaffirme qu'elle n'entend pas remettre en cause un régime de réparation solidement fondé. Le problème, en l'espèce et dans les affaires portées devant les tribunaux italiens, est qu'*absolument aucun* régime de réparation n'était en vigueur dans les situations concernées, et que tel est toujours le cas aujourd'hui. Il ne serait pas sérieux de considérer comme «un régime de réparation» une clause de renonciation à toutes les réclamations accompagnée de quelques mesures à titre gracieux reconnues comme partielles.

39. A ce jour, il n'y a pas eu réparation pour la simple raison que l'Allemagne considérait de manière erronée qu'elle n'avait pas d'obligation. A cet égard, nul ne doit supposer que l'Italie est restée silencieuse pendant des décennies. Elle contesta tout d'abord l'interprétation faite par l'Allemagne de la clause de 1947 et ceci donna lieu aux accords de 1961. Elle ratifia ensuite l'accord de Londres qui reportait le règlement de la question des réparations. Après 1990, l'Italie espéra que cette question pourrait être réglée par des mesures adoptées par l'Allemagne dans son ordre juridique interne. Ce ne fut toutefois pas le cas. Bien évidemment, les deux pays entretenant des relations amicales, l'Italie, bien que soulevant cette question de temps à autre — comme le montre par exemple la mission officielle effectuée pour soutenir les réclamations des anciens internés militaires italiens —, n'a pas voulu lui donner trop de place dans les relations bilatérales. Cependant, maintenant que l'Italie a été amenée devant la Cour internationale de Justice au motif que ses autorités judiciaires violent le droit international, elle se doit de réagir avec fermeté. Elle ne peut que déclarer que l'Allemagne n'a pas rempli ses obligations et qu'elle a adopté à l'égard des victimes italiennes des décisions injustes qui constituent un déni de justice.

38

40. En conclusion, l'Italie espère que la Cour jugera que l'Allemagne demeure tenue de réparer les violations graves du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale. Elle espère en outre que la Cour précisera qu'il s'agit d'une obligation n'admettant aucune dérogation. La question peut, bien évidemment, être abordée par la négociation au niveau interétatique, mais le point de départ doit être la *reconnaissance de l'obligation de réparation* et de certains principes fondamentaux devant régir ce processus de négociation.

41. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, voilà qui conclut mon exposé et je vous demanderais respectueusement, Monsieur le président, de bien vouloir — je suppose après la pause — donner la parole à mon collègue, M. Palchetti. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Salvatore Zappalà pour son exposé. Il semble que le moment soit propice pour faire une brève pause-café. Nous allons faire une pause de quinze minutes. Je reprendrai la séance à 11 h 45.

*L'audience est suspendue de 11 h 30 à 11 h 50*

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience reprend. J'invite M. Palchetti à présenter son exposé.

M. PALCHETTI :

#### **L'ABSENCE D'OBLIGATION D'ACCORDER L'IMMUNITÉ À L'ALLEMAGNE**

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, c'est la première fois que je prends la parole devant la Cour internationale de Justice et je tiens à dire à quel point c'est pour moi un honneur. Je suis chargé d'aborder devant vous la question de savoir si, dans les circonstances de la présente espèce, l'Italie était tenue d'accorder l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne.

2. Ma plaidoirie se divisera en deux parties. Dans la première, je m'intéresserai au fait que la plupart des affaires portées devant les juridictions italiennes concernent des crimes commis en totalité ou en partie sur le territoire italien. Je me propose de démontrer que ce qu'il convient d'appeler «l'exception délictuelle» — ou «exception territoriale» — à l'immunité s'applique à des actions en réparation de préjudices découlant des crimes internationaux commis par l'Allemagne nazie sur le territoire italien. Dans la seconde partie, j'aborderai la question du conflit entre la reconnaissance de l'immunité et l'application des normes impératives du droit international. Je démontrerai qu'il existe des situations exceptionnelles dans lesquelles, en raison de ce conflit, il est justifié de refuser l'immunité à un Etat étranger.

## 1. Observations préliminaires

3. Avant d'aborder ces questions, quelques observations préliminaires s'imposent.

4. *Premièrement*, le droit de l'immunité des Etats a été présenté comme l'un des domaines du droit international où l'évolution est la plus rapide<sup>26</sup>. Et cette évolution s'est toujours orientée vers une restriction progressive de l'immunité. Démentant l'argument récurrent selon lequel toute réduction de l'immunité accordée aux Etats étrangers se traduirait inévitablement par un déluge d'affaires portées devant les juridictions internes, le droit de l'immunité des Etats a évolué au fil du temps sans que les relations entre Etats en soient réellement perturbées. Le fait est que le champ des activités des Etats couvert par l'immunité — pour reprendre les mots des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal — «n'est pas gravé[] dans la pierre ; [il] est sujet[] à une interprétation en évolution permanente qui varie avec le temps pour refléter l'évolution des priorités de la société» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002* ; opinion individuelle commune de Mme Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 84-85, par. 72).

5. *Deuxièmement*, il est difficile de nier que de nos jours, la question la plus épineuse concernant le droit de l'immunité des Etats est celle de savoir si cette immunité s'applique aux affaires faisant intervenir de graves violations des règles fondamentales du droit international. Il ressort de leurs prises de position et déclarations que les Etats sont de plus en plus conscients de la tension fondamentale entre le principe de l'immunité et l'application effective des règles impératives. Comme ne cessent de le répéter les juridictions internes et internationales, le droit de l'immunité des Etats, dans ce domaine, est manifestement en train d'évoluer.

6. *Troisièmement*, il est difficile de prédire aujourd'hui si ce processus d'évolution débouchera sur une nouvelle exception générale à l'immunité dans chaque cas de violation des règles du *jus cogens*. L'Allemagne prétend qu'une nouvelle règle prévoyant une exception générale ne s'est pas encore fait jour. Cependant, la question devant la Cour ne concerne pas  
40 l'existence d'une exception générale à l'immunité. L'Italie ne prie pas la Cour de dire que le droit international, dans son état actuel, prévoit une telle exception générale. Le problème qui est au cœur du présent différend est de savoir comment concilier la règle de l'immunité et l'application

---

<sup>26</sup> Voir l'avant-propos de Ch. Greenwood dans H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>e</sup> éd., OUP, Oxford, 2008, p. vii.

effective des règles du *jus cogens* dans les affaires où accorder l'immunité revient à refuser les réparations. Autrement dit, dans ce type de situation, les règles actuelles du droit international, et notamment le droit de l'immunité des Etats sous sa forme actuelle, offrent-ils ou non une issue à ce conflit en permettant à l'Etat du for de lever l'immunité ?

7. Ma dernière observation préliminaire concerne l'interprétation de la pratique des Etats, et en particulier des décisions des tribunaux internes qui se sont penchés sur la question de la portée de l'immunité des Etats en cas de violation des règles impératives. Comme on le sait bien, un nombre non négligeable de décisions ont déjà été prises dans ce domaine. Ces derniers mois, deux décisions importantes ont été rendues — l'une par la Cour supérieure du Québec et l'autre, par la Cour de cassation française — qui tendent toutes deux à reconnaître que le principe de l'immunité en matière d'actes se rattachant à l'exercice de droits souverains peut faire l'objet de restrictions dans ce type d'affaires<sup>27</sup>. En ce qui concerne cette pratique, l'Allemagne continue de répéter que, mis à part les arrêts *Distomo* et *Ferrini*, la situation qui se dégage est cohérente et limpide, et ne corrobore nullement la thèse de l'Italie. Ici encore, l'analyse du défendeur laisse à désirer. L'Allemagne, en considérant cette pratique, n'a qu'une seule question à l'esprit : celle de savoir si s'est fait jour une nouvelle règle prévoyant une exception générale à l'immunité en cas de violation des règles impératives. Monsieur le président, je le répète : ce n'est pas la bonne question, et l'Allemagne a tort de situer la pratique existante dans une perspective si étroite. Il est vrai que face à des réclamations portant sur des violations de règles impératives du droit international, les juridictions internes ont porté différentes appréciations sur la question de l'immunité dont jouit l'Etat fautif. Nous soutenons que cette diversité reflète celle des circonstances propres aux affaires considérées. Si chaque décision est évaluée à la lumière des circonstances propres à l'affaire visée, et s'il est tenu dûment compte des motifs retenus par chaque juge pour accorder ou refuser des réparations ou l'immunité, alors il devient clair que l'obligation d'accorder l'immunité pour des actes relevant de l'exercice de la souveraineté en cas de violation des règles impératives n'est pas

41

---

<sup>27</sup> Canada, Cour supérieure du Québec, *Kazemi (Estate of) and Hashemi v. Iran, Ayatollah Ali Khamenei and ors*, 25 janvier 2011, 2011 QCCS 196 (<http://www.canlii.org/en/qc/qccs/doc/2011/2011qccs196/2011qccs196.html>) et France, *Cour de cassation, première chambre civile*, 9 mars 2011, numéro de pourvoi : 09-14743 (<http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/3274771-cour-de-cassation-civil-e-chambre-civile-1-9-mars-2011-09-14-743-publie-au-bulletin>).

aussi absolue que le prétend l'Allemagne ; au contraire, son champ d'application peut faire l'objet de certaines restrictions.

## **2. «L'exception délictuelle» et son applicabilité en l'espèce**

8. Monsieur le président, permettez-moi d'aborder la question de l'applicabilité en l'espèce de «l'exception délictuelle». Je tiens à préciser d'emblée que l'Italie n'ignore pas que dans certaines des instances introduites contre l'Allemagne, cette exception ne constitue pas un motif de refuser l'immunité. C'est le cas, en particulier, des actions en réparation intentées devant des juridictions italiennes par d'anciens internés militaires italiens qui furent capturés en dehors du territoire italien et déportés en Allemagne pour y être astreints au travail forcé. Il est clair qu'en l'absence d'une connexion territoriale avec l'Etat du for, l'exception délictuelle ne s'applique pas. La question de savoir si, dans ces affaires, le refus par les juridictions italiennes d'accorder l'immunité à l'Allemagne constitue un fait internationalement illicite doit être apprécié exclusivement à la lumière de l'autre argument présenté par l'Italie : dans toutes les procédures engagées contre l'Allemagne, le refus de l'immunité était en tout état de cause justifié en raison du conflit fondamental entre la reconnaissance de l'immunité et l'application des règles impératives du droit international. Bien que le champ d'application de l'exception délictuelle soit plus étroit, celle-ci apporte une raison supplémentaire et distincte de rejeter les demandes de l'Allemagne.

9. Monsieur le président, une définition bien connue de l'exception délictuelle peut être trouvée à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Selon cette définition :

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

10. Il ne fait en principe guère de doute que selon cette définition, l'exception délictuelle s'applique aux instances introduites contre l'Allemagne étant donné que celles-ci concernent des demandes de réparation pécuniaire pour préjudices corporels ou matériels.

42

11. Aux termes de l'article 12, les actes ou omissions attribuables à l'Etat doivent s'être produits, «en totalité ou en partie» sur le territoire de l'Etat du for et l'auteur de l'acte ou de l'omission doit avoir été présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission. C'est précisément ce qui s'est passé dans la grande majorité des affaires portées devant la justice par les victimes des crimes nazis. Il ne fait aucun doute que la clause de la responsabilité délictuelle s'applique aux massacres commis par les troupes allemandes sur le territoire italien. Mais elle s'applique aussi dans le cas des procédures engagées par les anciens internés militaires italiens qui furent capturés en Italie par les forces allemandes d'occupation et déportés en Allemagne. L'Allemagne ne semble pas nier l'existence du lien territorial dans ces deux situations<sup>28</sup>.

12. L'article 12 ne fait pas de distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. L'exception délictuelle s'applique donc également aux affaires, comme celles portées devant les juridictions italiennes, qui concernent des actions en réparation de dommages causés par des Etats dans l'exercice de leurs pouvoirs souverains. M. Gattini a dit hier que, l'article 12 s'appliquant également aux actes *jure imperii*, il était plus que douteux que cette disposition codifie le droit international coutumier<sup>29</sup>. Voilà qui est surprenant ! Cela l'est d'autant plus que, quelques minutes plus tôt, M. Tomuschat avait fait observer que la convention de New York «refl[était] d'une manière générale» le droit coutumier, et que l'agent de l'Allemagne avait fait référence au «droit coutumier, tel qu'il est exprimé à l'article 12»<sup>30</sup>. Si l'Allemagne veut dire que l'exception délictuelle n'a pas conduit à la disparition de la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*<sup>31</sup>, elle ne ferait qu'éluder la question. La question est de savoir si le droit international impose aux Etats l'obligation de reconnaître l'immunité pour les actes *jure imperii* dans les affaires dans lesquelles l'exception délictuelle s'applique. La Commission du droit international a répondu à cette question il y a vingt ans en se fondant sur une analyse approfondie de la pratique des Etats : le droit international n'impose pas une telle obligation<sup>32</sup>. Ce point de vue trouve confirmation dans

---

<sup>28</sup> Mémoire de l'Allemagne (MA), p. 43, par. 71.

<sup>29</sup> CR 2011/17, p. 38, par. 4 (Gattini).

<sup>30</sup> CR 2011/17, p. 29, par. 17 (Tomuschat), et p. 62, par. 6 (Wasum-Rainer).

<sup>31</sup> RA, p. 30, par. 52.

<sup>32</sup> CDI, Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et commentaires y relatifs, publié dans l'*Annuaire* de la commission du droit international, 1991, vol. II-2, p. 45, par. 8.

43

la pratique ultérieure des Etats et dans la doctrine. Il est vrai que la distinction entre ces deux catégories d'actes a été maintenue dans la jurisprudence de certains Etats, ce qu'a reconnu la Commission du droit international dans son commentaire relatif au projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens<sup>33</sup>. Toutefois, cette pratique n'a pas d'incidence sur la conclusion concernant la non-existence d'une obligation de reconnaître l'immunité pour des *actes jure imperii*. Peut-être pourrait-elle être une raison de faire valoir que le droit international n'impose pas aux Etats l'obligation de ne pas accorder l'immunité pour ces actes. Mais cette question n'étant pas pertinente aux fins de la présente espèce, il n'y a pas lieu de s'y attarder.

13. L'exception délictuelle peut être invoquée «à moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement». Il ne fait pas de doute que cette condition ne s'applique ni à la présente instance, ni aux procédures engagées par les victimes italiennes, étant donné qu'il n'existe entre les Parties aucun accord prévoyant un régime spécial applicable à ces actions. Il convient toutefois de dire quelques mots de cette condition parce qu'elle montre que, contrairement à ce que prétend l'Allemagne, la reconnaissance d'une exception à l'immunité dans ce type d'affaires ne conduirait en aucun cas à la «destruction» des mécanismes interétatiques traditionnels de règlement des différends<sup>34</sup>. Sans aucun doute, l'application de l'exception délictuelle peut être exclue par un accord. Il est révélateur que le commentaire de la Commission du droit international cite les accords sur le statut des forces comme exemple d'accords qui prévoient généralement un régime spécial d'immunité<sup>35</sup>.

14. La dernière observation que je souhaite faire au sujet de la portée de l'exception délictuelle concerne une restriction qui ne figure pas à l'article 12, non plus qu'ailleurs dans la convention de New York. L'Allemagne soutient que cette exception ne s'applique pas à des situations de conflit armé, ce qui est sa principale objection à son applicabilité en l'espèce<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> RA, p. 31, par. 53.

<sup>35</sup> *Annuaire* de la commission du droit international, 1991, vol. II-2, p. 45, note 152.

<sup>36</sup> Voir CR 2011/17, p. 39-40, par. 7-10 (Gattini).

44

15. L'Italie a déjà démontré dans ses écritures en quoi les éléments invoqués par l'Allemagne à l'appui de son interprétation restrictive de l'article 12 ne peuvent être considérés comme décisifs<sup>37</sup>. Je ne répéterai pas ce qui a été dit et examinerai plutôt le postulat de base sur lequel repose l'argumentation de l'Allemagne. Selon le demandeur, étant donné que certains instruments internationaux et nationaux régissant la question de l'immunité des Etats excluent les activités militaires de leur champ d'application, il en découle nécessairement qu'en l'état actuel du droit international il existe une obligation d'accorder l'immunité à un Etat dans toutes les instances introduites à la suite d'activités militaires. Monsieur le président, cet argument est faux.

16. L'article 31 de la convention européenne sur l'immunité des Etats exclut indubitablement les activités militaires du champ d'application de la convention. Toutefois, cet article n'est qu'une clause «sans préjudice de» qui, en elle-même, ne confère pas d'immunité aux Etats. Son insertion dans la convention ne s'explique pas par la nécessité de mettre les activités militaires à l'abri de tout examen judiciaire devant les juridictions internes. Comme il ressort clairement du rapport explicatif relatif à la convention, l'article 31 a pour objet de résoudre le problème du rapport entre les règles générales énoncées dans la convention et les régimes spéciaux d'immunité établis au moyen de traités bilatéraux ou multilatéraux, dont les accords sur le statut des forces<sup>38</sup>. Etant donné que la question de l'immunité en rapport avec les activités militaires fait généralement l'objet d'accords spéciaux, les rédacteurs de la convention ont décidé d'exclure les activités militaires de son champ d'application. L'observation que je viens de faire au sujet de la convention européenne s'applique également aux deux législations internes qui, suivant la solution adoptée dans cette convention, excluent les activités militaires de leur champ d'application.

17. La clause «sans préjudice de» figurant dans les législations du Royaume-Uni, du Pakistan et de Singapour n'étaye en rien l'argument de l'Allemagne selon lequel l'immunité couvre toutes les activités militaires d'un Etat<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Contre-mémoire de l'Italie (CMI), p. 54-56, par. 4.37-4.42 ; duplique de l'Italie (DI), p. 30-32, par. 4.5-4.8.

<sup>38</sup> Rapport explicatif relatif à la convention européenne sur l'immunité des Etats, reproduit dans A. Dickinson, R. Lindsay, J. P. Loonam (sous la direction de), *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, OUP, Oxford, 2005, p. 64.

<sup>39</sup> Voir les lois britannique, singapourienne et pakistanaise sur l'immunité des Etats, respectivement intitulées *UK State Immunity Act*, *Singapore State Immunity Act* et *Pakistan State Immunity Ordinance*, reproduites *ibid.*, p. 329, 496, 504.

18. A l'inverse, un grand nombre de législations internes contredisent ouvertement l'argument de l'Allemagne. Les lois du Canada et d'Israël par exemple, prévoient une exception à l'application de la clause en matière de responsabilité délictuelle lorsque la présence d'une force militaire étrangère sur leurs territoires respectifs est régie par un accord<sup>40</sup>. Cela signifie que l'exception délictuelle s'applique à toute autre situation, y compris celle de conflit armé. Les législations d'autres Etats, dont celles des Etats-Unis, de l'Argentine, de l'Afrique du Sud, de l'Australie et du Japon, ne prévoient pas d'exception à la clause de la responsabilité délictuelle pour les activités militaires<sup>41</sup>. L'Allemagne essaye de minimiser l'importance de ces législations nationales en avançant sans preuve que les législateurs n'avaient pas envisagé que des forces armées étrangères puissent se comporter de manière hostile sur le territoire d'un Etat<sup>42</sup>. Non seulement cette théorie reste à prouver, mais en plus elle ne prouve rien. Les spéculations de l'Allemagne ne peuvent prévaloir sur le libellé clair de ces législations. Le fait est qu'aujourd'hui les juridictions internes de plusieurs pays sont habilitées par leurs législations nationales respectives à exercer leur compétence sur un Etat étranger pour des actions introduites à la suite de préjudices commis par les forces armées de cet Etat sur le territoire de l'Etat du for. Suivre l'opinion de l'Allemagne, amènerait à conclure que les législations de ces Etats sont manifestement contraires à un principe bien établi du droit international. Or, et c'est là l'important, l'adoption de ces législations n'a pas été contestée par d'autres Etats.

19. Ces éléments de la pratique, peu nombreux mais importants, suffisent à démontrer les faiblesses de l'argument de l'Allemagne selon lequel la non-applicabilité de l'exception délictuelle à des situations de conflit armé fait l'objet d'un large accord entre les Etats. Comme nous l'avons vu, cela n'est tout simplement pas vrai. La pratique des Etats à ce sujet est loin d'être uniforme.

---

<sup>40</sup> Voir les lois canadienne et israélienne sur l'immunité des Etats, respectivement intitulées *Canadian State Immunity Act* (*ibid.*, p. 488) et *Israeli Foreign States Immunity Law* (MA, annexe 32).

<sup>41</sup> Voir les lois nationales suivantes sur les immunités : la loi américaine intitulée *US Foreign Sovereign Immunities Act* (dans A. Dickinson, R. Lindsay, J.P. Loonam (sous la direction de), *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, OUP, Oxford, 2005, p.217); la loi argentine intitulée *Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos* (*ibid.*, p.461); la loi sud-africaine intitulée *South African Foreign States Immunity Act* (*ibid.*, p. 513); la loi australienne intitulée *Australian Foreign States Immunity Act* (*ibid.*, p. 469), et la loi japonaise intitulée *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State* ([www.japaneselawtranslation.go.jp](http://www.japaneselawtranslation.go.jp)).

<sup>42</sup> MA, p. 47, par. 76.

On peut en déduire que dans ce genre de situation, un Etat est *autorisé* à accorder l'immunité à un Etat étranger. Mais on ne peut pas dire qu'il est *tenu* de le faire.

46 20. Monsieur le président, je pourrais ne rien dire de plus au sujet de l'exception délictuelle étant donné que l'analyse que je viens de faire suffit à réduire à néant l'argument de l'Allemagne concernant l'applicabilité de cette exception. Toutefois, un autre élément doit être pris en compte. Les actions introduites devant les juridictions italiennes ne concernaient pas des délits ordinaires. Elles concernaient des actes équivalant à des violations graves de normes impératives. Nous nous trouvons au point de convergence de deux tendances différentes. D'une part, la tendance à refuser l'immunité pour des actes commis sur le territoire de l'Etat du for, motivée par la nécessité, et je cite la commission du droit international, «de donner aux particuliers la possibilité de demander réparation ou d'avoir recours à la justice pour des dommages corporels ou des décès, et des dommages matériels»<sup>43</sup>. D'autre part, la tendance à admettre la possibilité de restrictions à l'immunité en cas de violations graves de règles du *jus cogens*, motivée par la nécessité de trouver un juste équilibre entre l'immunité et l'application des règles du *jus cogens*. Cette convergence donne fortement à penser que, à tout le moins, il n'existe pas d'obligation d'accorder l'immunité à un Etat étranger en cas d'actions en réparation introduites pour violations graves de règles du *jus cogens* commises sur le territoire de l'Etat du for en temps de paix ou en période de conflit armé.

21. L'observation que je viens de faire est corroborée par le fait que, aux fins l'immunité, les juridictions internes semblent accorder de l'importance à l'endroit où la violation d'une règle de *jus cogens* a été commise. C'est ainsi que dans l'affaire *Bouzari c. Iran*, la cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il n'y avait pas d'exception à l'immunité «lorsqu'un acte de torture a été commis *en dehors de l'Etat du for*»<sup>44</sup>. Même dans l'affaire *Al-Adsani*, souvent citée, la Cour européenne des droits de l'homme, (la CEDH), a pris soin de préciser que la pratique des Etats n'admettait pas d'exception 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*»<sup>45</sup>. Cela donne à penser qu'à l'inverse,

---

<sup>43</sup> *Annuaire* de la Commission du droit international, 1991, vol. II 2), p. 44, par. 3.

<sup>44</sup> Canada, cour d'appel de l'Ontario, *Bouzari c. Iran*, 30 juin 2004, par. 88 (dans *International Law reports*, vol. 128, p. 586 ; les italiques sont de nous).

<sup>45</sup> Voir CEDH, affaire *Al-Adzani c. Royaume-Uni*, 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 66 ; les italiques sont de nous.

l'immunité aurait pu être levée si l'acte incriminé avait été commis sur le territoire de l'Etat du for. La même conclusion peut être déduite des déclarations d'Etats, comme par exemple de celle de la Suisse au moment du dépôt de son instrument de ratification de la convention de New-York<sup>46</sup>.

22. Monsieur le président, pour résumer notre position, l'Italie soutient que l'absence d'une pratique uniforme des Etats permet d'interpréter l'exception délictuelle à la lumière des priorités contemporaines de l'ordre juridique international. Par conséquent, un Etat n'est pas tenu de reconnaître l'immunité souveraine pour des crimes internationaux qui ont été commis sur son territoire, même si ces crimes ont été commis dans le cadre d'un conflit armé. Pour cette raison, du moins pour ce qui est des crimes commis en totalité ou en partie sur le territoire italien, la thèse de l'Allemagne voulant que l'Italie a violé son immunité juridictionnelle doit être rejetée.

#### **47 4. Le conflit entre immunité et application des règles du *jus cogens***

23. J'aborde maintenant la deuxième partie de ma plaidoirie, qui traite du conflit existant, en la présente affaire, entre la reconnaissance de l'immunité et l'application effective des règles du *jus cogens*. Je serai concis sur ce point que M. Dupuy analysera plus en détail. Permettez-moi de commencer en examinant plusieurs arguments avancés par l'Allemagne pour tenter de nier l'existence d'un conflit ; j'expliquerai ensuite pourquoi, en la présente espèce, celui-ci justifiait de lever l'immunité. M. Dupuy se penchera quant à lui sur la manière dont les juridictions italiennes ont traité ce conflit.

24. L'Allemagne a invoqué un certain nombre d'arguments à l'appui de sa thèse selon laquelle aucun conflit n'oppose l'immunité et l'application des règles du *jus cogens*. Son premier argument repose sur la «fonction systémique» de la règle de l'immunité<sup>47</sup>. Il n'y aurait pas de conflit parce que l'immunité a pour but non pas de protéger un Etat auteur de faits illicites mais de confier le règlement des demandes en réparation à des instances autres que les juridictions nationales. L'Italie a déjà analysé ce point dans ses écritures<sup>48</sup>. En résumé, elle concède qu'en principe, il n'y a pas de conflit parce que l'immunité n'exclut que l'un des moyens de garantir le respect des obligations relevant du *jus cogens* —à savoir, le recours aux juridictions nationales.

---

<sup>46</sup> Voir le texte reproduit dans la duplique de l'Italie, p. 36, par. 4.17.

<sup>47</sup> MA, p. 34, par. 55.

<sup>48</sup> CMI, p. 80-85, par. 4.10-4.116 ; RI, p. 7-8, par. 2.8-2.9.

Mais l'Allemagne ne voit pas l'envers de la médaille : que se passe-t-il si réparation ne peut être obtenue par la voie des mécanismes opérant au niveau international ? Peut-on nier que cette situation — certes exceptionnelle — puisse donner naissance à un conflit ?

48 25. Le deuxième argument de l'Allemagne repose sur l'affirmation selon laquelle les règles du *jus cogens* sont toutes des règles primaires et il convient d'opérer une nette distinction entre ces règles ayant la valeur de *jus cogens* et les règles secondaires relatives aux conséquences juridiques de la violation des règles primaires<sup>49</sup>. En insistant sur cette distinction, l'Allemagne semble suggérer qu'il ne peut pas y avoir de conflit parce que la notion de *jus cogens* a trait uniquement aux règles primaires, tandis que la question de l'immunité concerne le domaine spécifique des voies de recours disponibles en cas de violation de ces règles. Cet argument reflète manifestement une interprétation trop étroite de la notion de *jus cogens* dont les effets ne se limitent pas au domaine des règles primaires et se font sentir dans celui du droit de la responsabilité des Etats, ce que confirment les travaux de la Commission du droit international. La distinction nette entre règles primaires et règles secondaires préconisée par l'Allemagne semble donc très artificielle. L'application effective des règles impératives une fois que celles-ci ont été violées n'est pas moins importante que la prévention d'un comportement incompatible avec elles. L'Allemagne voudrait nous faire croire que le seul conflit possible oppose l'immunité et les obligations primaires de comportement ayant caractère de *jus cogens*. Mais ce faisant elle ne reconnaît pas le conflit non moins important entre l'immunité et l'application effective des règles du *jus cogens*.

26. Monsieur le président, je ne m'étendrai pas plus avant sur ce point et me bornerai à citer le point de vue exprimé en la matière par l'Institut de droit international. Dans une résolution adoptée il y a deux ans, celui-ci a examiné la question de la portée de l'immunité en cas de crimes internationaux. Le préambule de cette résolution contient les dispositions ci-après, qui méritent d'être citées longuement :

«L'Institut de droit international,

Considérant le conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part.

---

<sup>49</sup> MA, p. 53-55, par. 86-89 ; RA, p. 39-41, par. 65-67 ; CR 2011/17, p. 23, par. 5 (Tomuschat) et p. 49-59, par. 3 (Kolb).

Désireux de contribuer à la solution de ce conflit.

Reconnaissant que la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales est un des moyens d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective.»<sup>50</sup>

Permettez-moi de résumer les points importants de ce préambule : *premièrement*, il y a un conflit ; *deuxièmement*, celui-ci oppose l'immunité et l'application effective des règles du *jus cogens* ; et, *troisièmement*, la levée de l'immunité est l'un des moyens de le résoudre.

27. J'en viens à présent à un dernier argument avancé par l'Allemagne. Cet argument repose sur une interprétation a contrario de l'article 41 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Son raisonnement est le suivant : étant donné que l'article 41 n'envisage pas la levée de l'immunité parmi les conséquences des violations graves des règles impératives, il faut considérer que le droit international n'autorise pas une telle mesure<sup>51</sup>. L'interprétation de l'Allemagne sollicite considérablement le texte de l'article 41. Je n'aborderai pas la question de la pertinence, aux fins de la présente affaire, de l'obligation énoncée au paragraphe 2 de l'article 41 — point que M. Dupuy abordera ultérieurement. J'attirerai simplement votre attention sur le fait que

**49** l'Allemagne s'efforce de minimiser l'importance de la clause «sans préjudice de» figurant au paragraphe 3 de l'article 41. Ainsi qu'il ressort clairement du commentaire de la Commission du droit international, cette clause résulte de la conviction «que le régime juridique applicable aux violations graves [était] lui-même en cours d'élaboration»<sup>52</sup>. En d'autres termes, la Commission du droit international n'ignorait pas que, outre les conséquences énoncées à l'article 41, le droit international actuel pouvait reconnaître d'autres conséquences. Il est donc difficile de dire que cet article étaye la thèse de l'Allemagne.

28. Ces arguments ayant été réfutés, je préciserai la position de l'Italie. L'Italie ne prétend pas qu'il faut régler le conflit entre l'immunité et l'application des règles de *jus cogens* en donnant systématiquement la préférence à cette dernière. Elle fait toutefois valoir qu'il existe des cas limites dans lesquels le droit international autorise la levée de l'immunité afin de permettre l'application effective des règles du *jus cogens*. Ce point de vue reflète la conviction croissante

---

<sup>50</sup> Résolution sur «l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, 2009, p. 226 ; les italiques sont de nous.

<sup>51</sup> RA, p. 39-40, par. 66 ; CR 2011/17, p. 51, par. 4 (Kolb).

<sup>52</sup> CDI, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II 2), p. 116, par. 14.

— que la Cour de cassation française a elle aussi récemment exprimée — que, lorsque le conflit est insoluble, la priorité doit être donnée à l'application des règles impératives.

29. Il est vrai que l'existence d'un conflit insoluble doit être prouvée. Comme l'a récemment fait observer la cour d'appel de La Haye dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire des *Mères de Srebrenica*, «[d]ans cette situation conflictuelle, il faut peser le pour et le contre entre deux grands principes de droit indépendants, dont un seul au final peut être déterminant»<sup>53</sup>. La mise en balance mentionnée par la cour d'appel s'applique également à la présente espèce. Cet exercice, qui vise à apprécier si la levée de l'immunité est justifiée, implique la prise en compte d'un certain nombre d'éléments, notamment les suivants :

- la gravité de la violation commise ;
- l'absence de tout différend sur la responsabilité de l'Etat pour les préjudices portés devant les juridictions nationales ;
- 50 — le fait que les mécanismes disponibles sur le plan international n'ont pu assurer la réparation de ces préjudices ; et
- le fait que l'ordre juridique interne de l'Etat responsable n'offre aucune voie de recours effective.

30. Monsieur le Président, il ne fait guère de doute en l'espèce que tous ces éléments convergent vers un même résultat. Qu'il me soit permis de récapituler les circonstances propres à l'espèce :

- *premièrement*, les demandeurs individuels ont été victimes des violations les plus graves des règles impératives ;
- *deuxièmement*, l'Allemagne a reconnu que ces crimes engageaient sa responsabilité;
- *troisièmement*, l'Allemagne n'a pas conclu d'accords avec l'Italie en vue d'indemniser les victimes ; et
- *quatrièmement*, les victimes ne disposaient pas de voie de recours effective en vertu du droit allemand.

---

<sup>53</sup> Pays-Bas, cour d'appel de La Haye, *Association «Mères de Srebrenica» c. Pays-Bas et Nations-Unies*, 30 mars 2010, par. 5.9, [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Netherlands/Mothers\\_of\\_Srebrenica\\_Judgment\\_Court\\_of\\_Appeal\\_30-03-2010.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Netherlands/Mothers_of_Srebrenica_Judgment_Court_of_Appeal_30-03-2010.pdf).

31. Le fait est que, plus de soixante ans après les crimes commis pendant la seconde guerre mondiale, le recours aux juridictions italiennes représentait pour les victimes le seul et dernier moyen qui leur restait pour obtenir une forme de réparation. Dans ces conditions, le droit international autorise la levée de l'immunité.

Voilà qui met fin à mon exposé. Je remercie les Membres de la Cour de leur aimable attention et je demande à la Cour de bien vouloir donner la parole à Monsieur Dupuy.

Le PRESIDENT : Je remercie Monsieur Paolo Palchetti pour son exposé. J'invite à présent à la barre Monsieur Pierre-Marie Dupuy.

Mr. DUPUY: Mr. President, Members of the Court, it is always a pleasure and a special honour to appear before you. I do so today on behalf of the Republic of Italy, which I thank for its confidence. The identity of the colleagues around me, to my right and to my left, would be enough to strengthen my conviction that recourse to your Court is not only a peaceful way of settling disputes, but also a very amicable one.

#### **THE REASONING OF THE ITALIAN SUPREME COURT**

51 1. Mr. President, Members of the Court, this case can be characterized simply as one in which one court judges another! The first *is your own Court*, or at least the judicial organ constituted by you as the only court with both general and universal jurisdiction in the international order. The second is the Italian Supreme Court (*Corte Suprema di Cassazione*) and, through it, the nation of Italy which it serves as the court of final appeal.

2. This is not the first time that an international court is judging States through their domestic courts. In fact, this is an increasingly frequent occurrence! Counting cases in which one or another part of a State's legal apparatus is challenged at some stage of a procedure, as many as ten cases

may have been brought before your Court over the last twelve years<sup>54</sup>, or nearly one per year on average!

3. This is no coincidence. On the contrary, it is one of the consequences of the ever more crucial position occupied by international law in what some call “the globalization” of law<sup>55</sup>. One of the characteristic features of this phenomenon is the growing propensity of individuals to invoke the rights vested in them under international law before national courts.

4. In the face of this legal and social phenomenon, the traditional distinction between “monism” and “dualism” retains its validity. However, the internationalization of the law on a global scale is such that the above-mentioned distinction is somewhat diluted. Thus, the present case was originated by the highest court of a State with a deeply entrenched *dualist* tradition. It was this Court, however, which referred to the primacy of certain international norms in order to justify its own ruling in its domestic order, albeit on the basis of Article 10, paragraph 1, of the Italian Constitution<sup>56</sup>; but it could perfectly well have given this provision a much more dualist interpretation, which it refrained from doing. There is a good chance that Hans Kelsen would have been delighted, while Dionisio Anzilotti, for his part, would have been very surprised!

52

5. As a consequence, the International Court of Justice, even though it cannot statutorily claim to be in every respect the constitutional court of an international legal order placed above nation States and their laws, is nevertheless increasingly required to verify that the domestic courts, which have thus frequently come to be termed the “ordinary law courts” of international law, apply that law correctly.

This is an exalting function, but it is sometimes a delicate task! Indeed, through its courts, it is the State itself which expresses its conception of the law. What could be taken *a priori* to be an error or a violation of the law may in certain cases, when compared with similar court decisions in

---

<sup>54</sup>The dates indicate the year of entry in the General List of the Court. 1998: *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*; *LaGrand (Germany v. United States of America)*; 2000: *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*; 2003: *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*; 2006: *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*; 2008: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*; 2009: *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*; 2010: *Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Belgium v. Switzerland)*.

<sup>55</sup>This expression is used by Mireille Delmas-Marty, Professor at the Collège de France. See in particular her introductory work, *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004.

<sup>56</sup>“The legal system of Italy conforms to the generally recognized principles of international law.”

other States, gradually take the shape of a collective *opinio juris* giving rise to a modification of the law or of the interpretation made thereof. In international law, however, whatever may be said about it, it is always *the States* themselves that are the primary lawmakers. Article 38 of your Statute bears witness to this fact. What States say, including through their courts, must therefore be carefully watched to see whether they misinterpret international law or aim to foster its development.

6. The fact remains that, in a period of far-reaching change affecting the whole of international society and the development of international law, there are situations where an *underlying conflict* may on occasion arise between some of the most well-established principles and no less explicit but more recent rules<sup>57</sup>. Both the domestic and the international courts are then in a sense placed in situations not devoid of similarities. Both must no doubt take as their starting-point the presumption that the most well-established principle, particularly when it comprises a quasi-structural dimension, retains its full authority if not always its prevalence. But they cannot stop there. In certain circumstances at least, they are also required to examine developments in the *opinio juris* which certain rules sometimes express, albeit in an as yet unharmonized manner, in the practice of States, in order to see whether, when compared with the facts of the case, they could possibly justify, at least in the case at issue, a reassessment of the scope of the principle, despite its being universally recognized.

53 7. In the case which concerns us, that is precisely the delicate position in which the Italian Supreme Court found itself. Some years before the Institute of International Law itself made the same finding, not in Rome but in Naples, the Italian *Corte Suprema* laid stress once again on the crucial importance of the principle of State immunity from jurisdiction. Like the Institute, however, it also observed that this rule was liable to conflict with “claims arising from international

---

<sup>57</sup>“Considering the *underlying conflict* between immunity from jurisdiction of States and their agents and claims arising from international crimes”: Preamble to the Naples resolution of the Institute of International Law (2009), referenced in the following footnote (emphasis added).

crimes”, to use the language of the above-mentioned resolution<sup>58</sup>. It realized, in other words, that the world was changing and that international law was changing with it. Furthermore, it recognized also and above all that the only and absolutely *last* chance remaining for the victims of such crimes to obtain reparation was for it to resolve to set aside the no doubt fundamental, but in no sense peremptory, principle of immunity from jurisdiction.

8. The *Corte di Cassazione* then came to regard itself, in the *Ferrini* case and those that followed, as the court of final appeal in cases characterized as *borderline cases* since it had before it:

- claimants who had sought in vain for *50 years* to obtain reparation;
- for the consequences of war crimes and crimes against humanity;
- for which Germany had however admitted that it had to bear responsibility;
- but refused to provide reparation, by either diplomatic or judicial means.

9. Faced with this situation, the Supreme Court had to decide how to resolve the judicial dilemma in which it found itself. There were two options: either to adhere to the strict application of a theory of absolute immunity from jurisdiction, thereby satisfying Germany but entrenching a situation of denial of international justice; or to decide to set aside the sacrosanct rule of Germany’s immunity from jurisdiction in this case, as the only way, ultimately, of enabling the victims to gain access to reparation for the consequences of international crimes, although it was liable to fall subject to the invocation of Italy’s international responsibility.

54

10. For a better understanding of why the Supreme Court made the choice that gave cause for these proceedings, it appears necessary to look back at the two horns of this judicial dilemma. The treatment of each of them will form the framework of this presentation.

---

<sup>58</sup>Institute of International Law (IDI), *The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law*; Rapporteur: Lady Fox; *Yearbook of the IDI—Naples Session*, Vol. 73, 2009, resolution, pp. 226 *et seq.*; Lady Fox, *Provisional Report*, pp. 28 *et seq.*, spec., pp. 57 *et seq.* and pp. 226 *et seq.*; see the commentary by J. Salmon, *La résolution de Naples de l’Institut de droit international sur les immunités de juridiction de l’Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux* (the Naples resolution of the Institute of International Law on the immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes) (10 Sep. 2009), in *Revue belge de droit international*, 2009, pp. 316 *et seq.*, spec., pp. 331 *et seq.*

**I. The consequences that would have flowed from the strict application of a theory of absolute immunity from jurisdiction**

11. Confronted with the extreme gravity of the crimes committed, the persistent refusal of Germany to provide redress and the distress of the victims, the Supreme Court had to decide whether or not to uphold the judgments of the first-instance and appeal courts; for the latter, immunity from jurisdiction inevitably formed a barrier to acceptance of the claim filed by Mr. Ferrini and subsequent claims by other victims against Germany. The simplest solution would no doubt have been to validate the refusal of the lower courts. However, compliance with the rule of sovereign immunity would have had two major consequences. The first was that, by giving precedence to a procedural rule over a substantive rule, the court would have remained insensitive to the growing affirmation in contemporary international law of the importance of condemning heinous crimes that are the subject of complaints by unsatisfied victims. The second consequence would have been that, by adopting such an approach, the Italian Court of Cassation would have contributed to the entrenchment of a situation of total denial of justice to the detriment of the victims of war crimes and crimes against humanity, who would thus have been condemned to go to their graves without receiving satisfaction. Let us take up these two points.

**A. *Jus cogens*, procedure and substance**

12. I referred earlier to the similarities between the situation of domestic courts and that of international courts. There are also basic differences between them. The International Court of Justice cannot act unless States consent to its jurisdiction. In the *East Timor* case, it had emphasized that “the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things” (*East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 102, para. 29). It took this position because, contrary to the thesis defended by Portugal on the basis of the Judgment in the *Nauru Phosphate Lands* case, it deemed itself unable to examine Portugal’s Application without at the same time having to consider the responsibility of Indonesia as a third party to the proceedings.

55

13. In the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, it was also by reference to the basis of its jurisdiction that the Court distinguished between that jurisdiction and the consequences of the *jus cogens* character of a

norm<sup>59</sup>. The *non possumus* thus pronounced by the Court is in itself *peremptory* because it could not act outside the framework of its Statute; as stated by the Court in 2006, “under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties”.

14. In the domestic law context, on the other hand, the *Corte di Cassazione* faces no such constraint. As the highest judicial organ of a harmonized, that is, vertically integrated, legal system, it considers claims filed on a *unilateral* basis. Its jurisdiction does not at all depend on the prior agreement of the parties. *It alone* has the power to decide whether, pursuant to Italian law and international law, it must give precedence to a secondary rule of procedure over a primary rule of substance, in the light of all the elements of the case, including developments in the interpretation of international norms that can be invoked in positive law. It can thus place the procedural norm and the substantive principle simultaneously on the two pans of the scale in order to reconsider whether developing trends in the law require it to tilt the balance in favour of one rather than the other. In so doing, the domestic court acts simultaneously, in accordance with the technique of “role splitting” so capably defined by Georges Scelle<sup>60</sup>, as the highest court in its domestic legal order and as the agent for the enforcement of evolving international law.

56

15. In the judgment delivered in the *Ferrini* case and subsequent cases, the Supreme Court explicitly showed awareness of this dual role and of the evolving nature of the international law it is required to apply. To persist, as does Germany here — blatantly at odds with some of the general trends in its own doctrine<sup>61</sup> — in confining peremptory law within the sole domain of primary rules without granting even *domestic* courts the right to consider the consequences of a substantive peremptory rule in the area of procedure, is to reduce peremptory law to the status of mere *petitio principii* which, if not devoid of content, would at least be incapable of direct *invocation*; a law that is proclaimed but devoid of effectiveness; a non-derogable law, no doubt, but the solemnity of which would be matched only by its persistent virtuality! Such would have

---

<sup>59</sup>*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 31, para. 64.*

<sup>60</sup>See A. Cassese, *Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting” in International Law*, [www.ejil.org/pdfs/1/1/1126:pdfs](http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1126:pdfs).

<sup>61</sup>See P.M. Dupuy, *Taking International Law Seriously: The German Approach to International Law*, in *German Yearbook of International Law — Jahrbuch für Internationales Recht*, Vol. 50, 2008, pp. 375-392.

been the primary consequence of the strict application of sovereign immunity, and it was rejected by the Supreme Court.

**B. The Italian Supreme Court would have lent support to the commission and maintenance of a grave breach of international law by another State**

16. At this point, I venture to pose a question, Mr. President: *Is a State entitled, through one of its judicial organs, to lend its support to the commission and maintenance of a breach of international law by another State?* The answer is undoubtedly affirmative. This is what the *Bundesverfassungsgericht* had occasion to note at various times, including in 2004, precisely in order to avoid placing itself in such a situation. It did so in connection with expropriations carried out a long time earlier, after the Second World War, when Germany was still under the authority of the occupying Powers and even before the creation of the German Democratic Republic (GDR). Sixty years later, the Constitutional Court of the reunified Germany held in this connection that the organs of the Federal Republic were under an obligation to “implement public international law in their own sphere of responsibility in the event of its violation by third States”, and it drew the conclusion that the German authorities “deemed to be prohibited any co-operation that decisively contributed to the perpetration by non-German authorities of any act violating the general rules of public international law”, thus echoing the terms of Article 25 of the *Grundgesetz*<sup>62</sup>. Conversely, it may be concluded that, if it had decided differently, the German Constitutional Court would itself have made itself complicit in the commission by a third State of an internationally wrongful act, thereby engaging the responsibility of Germany for assistance in the continuing breach of international law, as specified in Article 16 of the ILC Draft Articles of 2001. The *Bundesverfassungsgericht* thus adhered to the reasoning of a decision it had taken on another question, extradition, one year earlier<sup>63</sup>. Many other cases can, moreover, be identified, some of them more recent, such as the judgment delivered three years later, in 2007, by the Swiss Federal Tribunal, which tend in the same direction<sup>64</sup>. The *Ferrini Judgment* in Italy dates from exactly the

57

---

<sup>62</sup>BverfGE 112, 1, 24, para. 88.

<sup>63</sup>BverfGE, decisions of 5 November 2003, Case No. 2, BverfGE 1243/03 and BverfGE 1506/03.

<sup>64</sup>An early decision along these lines had been rendered in 1982: Swiss Federal Tribunal, P1202/81/fs, published also in *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 10 (1983), pp. 435 *et seq.*; see also Swiss Federal Tribunal, IB\_87/2007, also in *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 34 (2007), pp. 571 *et seq.*

same period. It draws inspiration from the same source, applying to itself the bar on contributing to the commission of a continuing wrongful act imputable in this instance to Federal Germany itself, for non-reparation of damage caused by serious violations of obligations under international humanitarian law. The Court of Cassation is all the more watchful because this case concerns the failure to comply with peremptory obligations; but please note, Mr. President, Members of the Court, that, even if Article 41 of the ILC Draft Articles on State Responsibility provides — solely in relation to serious breaches of a peremptory norm — for a positive obligation on third States to co-operate in order to bring to an end this violation of *jus cogens*, the obligation of non-assistance in the commission of a wrongful act by another State, on the other hand, arises from Article 16 of the International Law Commission’s draft text, which applies to *any* type of wrongful act.

17. Are these two provisions, Article 16 and Article 41, unfamiliar to the Italian court? Not at all. The Supreme Court of Italy knows the laws, including the generally recognized norms of international law. In the *Ferrini* Judgment, it referred explicitly to Article 41 of the ILC Draft Articles on State Responsibility and noted that it prohibited the rendering of assistance in maintaining situations in breach of international law; the Italian Supreme Court was therefore obliged to “use all legitimate means to bring an end to illegal activities”<sup>65</sup>. It is the exact opposite that would have occurred if the Court had decided in this case to apply sovereign immunity from jurisdiction and that is what it wished to avoid since it did not want its own case law to contribute to the maintenance of a situation (a) in breach of international law, (b) in connection with the commission of crimes violating peremptory norms, and (c) concerning citizens whose rights it bears a particular responsibility to protect as the court of last instance, namely Italian citizens. If the *Corte Suprema* had acted differently, by granting immunity from jurisdiction to Germany even in this borderline case, it would have put the finishing touches, so to speak, on the establishment of a situation of total denial of justice, by blocking the last recourse that remained available to the victims. It considered that it could not act in this way without making Italy itself responsible for assisting in the commission of a definitively wrongful international act.

58

---

<sup>65</sup>*Corte di Cassazione*, Judgment No. 5044/2044, *Ferrini*, 11 Mar. 2004, para. 9, in GM, Anns. 1 and 128, *ILR*, 659 (English translation).

18. Let us then look at the consequences that flowed from the solution actually adopted by the Court of Cassation, that of setting aside sovereign immunity on an exceptional basis.

## **II. The positive consequences of setting aside Germany's immunity from jurisdiction in respect of the crimes at issue**

19. By making the choice it made, difficult as it was, the *Corte di Cassazione* took a decision based to some extent on a “cost-benefit” assessment. That decision was taken, at the risk of exposing Italy to criticism from a friendly State, first, because it was considered to be consistent with the most recent developments in international law and, second, because it ensured a right of access to justice for all victims of Nazi crimes still awaiting reparation. Let us consider those two points.

### **A. A choice for consistency aimed at reconciling immunity from jurisdiction with new trends in international law**

20. “[T]he existence and operation of a norm of customary international law which imposes on States the duty to abstain from exercising jurisdictional power over other States, enacted in our system by virtue of the provision laid down in Article 10 (1) of the Constitution, are beyond question.”<sup>66</sup>

21. This is what the Italian Supreme Court says in paragraph 5 of its judgment in the *Ferrini* case of 11 March 2004. And if this is couched in much more solemn language in the original Italian text than in my abridged translation, it is because the court wishes categorically to reject the appellant's argument to the contrary. The court recognizes not only the principle of immunity, but also what it terms its “operative force” within the Italian legal system, because it applies it frequently in other circumstances.

22. Nonetheless, the *Corte di Cassazione* does not judge in the abstract. In the case in question it had before it not only the person of Mr. Ferrini, but the suffering of the last surviving Italian soldiers who had been taken prisoner in 1943 before being subjected to forced labour; it was faced with the anguish of civilians who, in the same period, had been transported to concentration camps to perform labour in conditions bordering on slavery; it was aware of the

---

<sup>66</sup>*Corte di Cassazione*, Judgment No. 5044/2044, *Ferrini*, 11 Mar. 2004, para. 5.

existence of the survivors and successors of the victims of the vengeful massacres carried out during the summer of 1944 by the retreating occupying force. And, while there is no denying that the acts imputable to Nazi Germany were committed *jure imperii*, it was ever mindful that, in the absence of an agreement between Germany and Italy relating specifically to reparation for the damage caused by such crimes, it was the last resort available to the victims.

23. Having already said that, pursuant to Article 10 of the Constitution, the principle of sovereign immunity remained an integral part of positive law, the court was also aware, however, that among the “generally recognized norms of international law”, with which the Italian legal system complies, there are *other* norms prohibiting war crimes and crimes against humanity and establishing the obligation to remedy the effects of such crimes, precisely because, to use the words of the court in paragraph 7 of the same judgment, those crimes “are so prejudicial to universal values that they transcend the interests of individual States”. This, too, is more elegantly worded in the original Italian. At this stage, the Supreme Court listed, one after the other, the facts demonstrating that the crime of deportation and the crime of subjecting prisoners of war and civilians to forced labour, as well as the massacres of civilian populations, are breaches of mandatory law, beginning with the preliminary work of the International Law Commission in relation to those crimes, in 1950, and going up to the most recent developments in international criminal law. Here we have it — international criminal law — not at all because the Italian court would confuse individual crimes with crimes of the State, as some have been too quick to claim, but because international criminal law recognizes the cardinal importance that the international community attaches to the values which are flouted by such actions<sup>67</sup>. It is in effect the inclusion of “crimes against international law” in the category of breaches of *jus cogens* which enabled the Court, in accordance with the hierarchical theory championed by the dissenting judges of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* case<sup>68</sup>, to give precedence to the peremptory norms centred on respect for the dignity of the human person; it gave them precedence not over the principle of immunity from jurisdiction, but over the absolute theory that might be attached thereto.

60

---

<sup>67</sup>*Corte di Cassazione*, Judgment No. 5044/2044, *Ferrini*, 11 Mar. 2004, paras. 7 *et seq.*

<sup>68</sup>See CMI, paras. 4.72 *et seq.*

It pointed out in particular<sup>69</sup> the paradox that would be created by sacrificing the defence of community values to the benefit of the individual interest of a single State.

24. The fact that the Italian Supreme Court drew on the same constitutional provision — Article 10 — to affirm both the validity of the principle of immunity from jurisdiction and the preponderant importance of reparation for damage caused by war crimes and crimes against humanity clearly shows that the *Ferrini* judgment, like those that were to follow it, did not put an end to sovereign immunity or indeed diminish it. It remains a fundamental principle of general international law and Italian law alike, and is recognized by the Supreme Court. In reality, what the *Corte di Cassazione* did was merely to redefine it: not the concept itself; at most, it underscored the situations in which it cannot be applied; this is not an abnegation, but a simple adjustment to ensure that the use of that principle cannot obstruct compliance with the basic obligations laid down by the international community as a whole.

25. The important thing for the Italian Supreme Court was therefore to maintain the coherence of a body of general international law, which it recognized as mandatorily applicable within its domestic system, in accordance with its basic law. There is nothing unusual in that! Indeed, a very similar approach can be seen in a recent judgment of the *Première Chambre Civile* of the French *Cour de Cassation* of 9 March 2011, even though in that case the chamber recognized Libya's immunity. It only did so, however, because the facts of that case prompted it to conclude that a specified terrorist attack could not be imputed to Libya. Nonetheless, in reaching that conclusion, the French *Cour de Cassation* found that a *jus cogens* norm of international law "takes precedence over the other rules of international law and can be a legitimate restriction to jurisdictional immunity" [*translation by the Registry*]<sup>70</sup>.

61

26. We should not be surprised at the ease with which the court of cassation in both countries refers to *jus cogens*, because *jus cogens* is public policy. And the preservation of public policy in society is, according to Portalis, co-author of the Napoleonic Code, "the supreme law" of a

---

<sup>69</sup>*Ferrini* judgment, *op. cit.*, para. 9.1.

<sup>70</sup>French *Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, public hearing of 9 March 2011, Appeal No. 09-14743, published in *Bulletin*. Libya was accused of failing to prosecute the authors of the attack against UTA flight DC-10, but not of being itself behind the attack. <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/3274771-cour-de-cassation-civile-chambre-civile-1-9-mars-2011-09-14-743-publie-au-bulletin>.

country<sup>71</sup>, as the domestic courts well know! They know because recourse to that notion is an important way for them to safeguard the interests of the community with whose protection they are charged. Therefore, they find it quite normal that international law, whose stages of development are reminiscent in many respects of those of their domestic law, has in turn come to establish a public policy from which the logical consequences should be drawn, including in terms of procedure. Second, and finally, the choice made by the Supreme Court guarantees a right of access to justice for all victims of Nazi crimes still awaiting reparation.

### **B. A guaranteed right of access to justice for all victims of Nazi crimes still awaiting reparation**

27. On the subject of a guaranteed right of access to justice, I will be brief, since this is an aspect with which the Court is very familiar. For Germany to claim that its courts are accessible to Italian complainants is of little value. That is the very least it can do! What matters is that, in practice, the German courts have held that, under the applicable provisions of German law, none of the categories of victims concerned in this case were defined as persons eligible for reparation<sup>72</sup>. It is precisely because of that evasive attitude of the German courts that complainants like Mr. Ferrini and others decided to bring their claim, perpetually unsatisfied in Germany, before the domestic Italian courts. And yet, both international and European positive law have long prohibited the denial of justice in an inter-State context; moreover, they establish the right of access to justice as a human right, in its dual accepted meaning as a right to a fair trial and a right to reparation. As far back as 1970, the International Court of Justice itself also commented on the substantial link that exists between the one and the other; in its Judgment in the *Barcelona Traction* case, it stated, and I quote, that “[w]ith regard . . . to human rights . . . , it should be noted that these also include protection against denial of justice” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 47, para. 91), the latter being understood as a “refusal to grant someone that which he is owed”<sup>73</sup> [translation by the Registry].

---

<sup>71</sup>See “Ordre public” in D. Alland and S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 1121.

<sup>72</sup>See in particular the Counter-Memorial of Italy, paras. 2.22-2.34 and 2.35-2.44; the Rejoinder of Italy, paras. 3.20 *et seq.*

<sup>73</sup>J. Salmon (ed.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruylant/AUF, p. 320, using the definition of Calvo, *Dictionnaire*, Vol. I, p. 237.

It is unnecessary at this stage of the hearing to recall Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6 of the European Convention on Human Rights or Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Each of those provisions is just as applicable in the domestic legal system of Germany as it is in that of Italy: it is also on that basis that, faced with the imminence of a final and irrevocable violation of the principles thus established, the Italian Supreme Court opted in favour of adjusting the principle of immunity, which it considered necessary to preserve the coherence of the international law applicable in this case.

28. Mr. President, Members of the Court, this case shows both the nobleness and the difficulty of the court's role. In general international law — the successive developments of which depend on the will of States — the courts, both domestic and international, are not simply the “mouthpiece of the law”, to use Montesquieu's definition<sup>74</sup>.

In the words of Sir Hersch Lauterpacht in 1958, cited 30 years later by Rosalyn Higgins at the start of her General Course at the Hague Academy: “the judge does not ‘find rules’ but he makes choices . . . between claims which have varying degrees of legal merits”<sup>75</sup>.

63 This, Mr. President, concludes my presentation and that of Italy for this morning. Thank you.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Pierre-Marie Dupuy pour son exposé. Voilà qui met fin à l'audience d'aujourd'hui et au premier tour de plaidoiries. La Cour se réunira de nouveau demain matin, entre 10 heures et 12 heures, afin d'entendre les observations orales de la Grèce sur l'objet de son intervention.

L'audience est levée.

*L'audience est levée à 13 h 5.*

---

<sup>74</sup>Montesquieu, *L'esprit des lois*, vol. II, p. 4.

<sup>75</sup>H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 399; cited by R. Higgins, “International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course on Public International Law”, in *Recueil des cours*, Vol. 230 (1991-V), p. 26.