

Non corrigé  
Uncorrected

Traduction  
Translation

CR 2011/20 (traduction)

CR 2011/20 (translation)

Jeudi 15 septembre 2011 à 10 heures

Thursday 15 September 2011 at 10 a.m.

10

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. Pour des raisons qu'il m'a fait connaître, M. le juge Skotnikov n'est pas en mesure de siéger ce matin. Aujourd'hui débute le second tour de plaidoiries en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. L'Allemagne présentera son second tour de plaidoiries et formulera également ses observations sur l'objet de l'intervention de la Grèce. Je donne donc dès à présent la parole à l'agent de l'Allemagne, Mme Susanne Wasum-Rainer.

Mme WASUM-RAINER :

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, nous avons écouté attentivement les arguments qui ont été présentés par nos éminents collègues italiens et grecs, et sommes très sensibles à leurs manifestations d'amitié, de coopération et de bonne volonté entre nos pays. Le Gouvernement allemand se félicite de ce qu'il ait été possible de régler ce différend devant la Cour. Monsieur le président, nous sommes tout à fait conscients que la complexité juridique de la présente affaire relative aux immunités de l'Etat ne permettra nullement d'appréhender la dimension humaine des terribles événements qui se sont déroulés pendant la guerre, événements à l'égard desquels l'Allemagne a reconnu sa pleine responsabilité. Je saisis d'ailleurs cette occasion pour témoigner aux victimes, et pas seulement à celles qui sont présentes dans cette salle de justice, notre plus profond respect.

#### **I. L'OBJET DU DIFFÉREND**

2. Au cours de ces deux derniers jours, il a été maintes fois fait référence au droit international humanitaire et au droit des droits de l'homme, et de nombreux arguments ont été exposés à cet égard. Il va de soi que l'Allemagne partage pleinement l'attachement de l'Italie et de la Grèce aux règles en question. Cela vaut également pour l'indemnisation individuelle dans les cas de violations de règles relatives aux droits de l'homme et, naturellement, pour la responsabilité pénale individuelle de tous les auteurs de crimes internationaux, telle qu'elle est consacrée dans le Statut de Rome.

Ces questions n'ont cependant aucun rapport avec la présente espèce. Aucun des arguments qui ont été avancés n'a démontré de manière convaincante que la portée du principe de l'immunité

11

des Etats en ce qui concerne les actes *jure imperii*, qui forme l'objet du présent différend, avait été limitée. Il n'a été formulé aucun argument juridique décisif démontrant que l'Allemagne avait été à juste titre soumise à la juridiction d'autres Etats. Bien au contraire, le droit international n'a pas été modifié de manière à autoriser, dans certaines circonstances exceptionnelles — pour reprendre les termes qui ont été employés —, la levée de l'immunité des Etats ; de plus, quand bien même les critères énoncés par nos éminents collègues italiens aux fins de défendre la jurisprudence des juridictions italiennes existeraient bel et bien, les faits des affaires contre l'Allemagne n'y satisferaient pas. Quand à l'intervention de la Grèce, bien que de fort nombreux aspects y aient été abordés, elle n'a pas, contrairement à ce que la Cour avait demandé dans son ordonnance sur la requête de la Grèce à fin d'intervention, été axée sur «l'intérêt d'ordre juridique» qui pourrait être affecté par la présente instance.

Pour justifier la levée de l'immunité de l'Etat par ses juridictions, l'Italie s'est fondée sur l'argument d'un déni de justice dans des circonstances très exceptionnelles. Or il n'y a pas — et il n'y a jamais eu — déni de justice. Des réparations ont été versées. Les circonstances exceptionnelles invoquées n'existent tout simplement pas.

3. D'ailleurs, il n'a été présenté aucune jurisprudence nationale ou internationale qui attesterait l'existence de cette prétendue tendance. Quoique les éminents membres de la délégation grecque aient mis en doute l'applicabilité générale de l'arrêt rendu par le Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos*, il est révélateur de constater que, depuis lors, jamais aucune juridiction grecque, y compris l'*Areios Pagos*, n'a de nouveau refusé l'immunité à l'Etat allemand.

Nos conseils développeront ce point tout à l'heure.

4. Monsieur le président, l'Italie a de nouveau tenté de faire de la question des réparations qui, selon elle, resteraient dues, l'objet de la présente instance. Or, les faits qui se sont produits avant la date d'entrée en vigueur de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends entre l'Italie et l'Allemagne ne relèvent clairement pas de la compétence de la Cour. Ainsi que celle-ci l'a elle-même expressément indiqué lorsqu'elle a déclaré irrecevable la demande reconventionnelle de l'Italie, le présent différend ne porte pas sur les demandes de réparation, lesquelles n'entrent donc pas dans le cadre de la présente instance.

## II. LE RÉGIME DES RÉPARATIONS APRÈS LA SECONDE GUERRE MONDIALE

12

5. Monsieur le président, l'un des objectifs importants de cet exposé liminaire est de dissiper l'impression erronée que nos amis italiens et grecs ont pu créer, à savoir que les victimes des crimes de guerre commis par l'Allemagne n'auraient délibérément pas été indemnisées. A la fin de la seconde guerre mondiale, les puissances alliées victorieuses sont parties de la conviction que l'Allemagne devait assumer sa responsabilité en accordant réparation à tous les pays qui avaient triomphé des Etats de l'Axe. Le mécanisme qui a été mis en place était un mécanisme interétatique classique. Il s'agissait d'un régime global bénéficiant à tous les pays concernés et couvrant l'ensemble des dommages de guerre. En revanche, aucune disposition ne prévoyait d'offrir parallèlement des réparations aux victimes individuelles. L'Italie et la Grèce faisaient partie de ce régime interétatique global de facture classique.

Les puissances victorieuses ont, dans les traités de paix qu'elles ont conclus avec eux, exigé des anciens alliés du Reich qu'ils renoncent à toute réclamation contre l'Allemagne trouvant son origine dans la seconde guerre mondiale. C'est précisément dans ce contexte qu'a été conclu le traité de paix avec l'Italie en 1947. Jusqu'au mois de septembre 1943, l'Italie avait en effet été alliée de l'Allemagne nazie. La Grèce, quant à elle, a reçu les indemnités qui lui revenaient par l'intermédiaire de l'agence interalliée des réparations, basée à Paris.

6. Le cadre des réparations a été établi par l'accord de Potsdam du 2 août 1945, conclu entre les puissances alliées victorieuses, et il a été imposé unilatéralement à l'Allemagne. Les réparations ont pris différentes formes, parmi lesquelles des saisies, essentiellement d'outillage industriel dans les différentes zones d'occupation, la confiscation de tous les avoirs allemands à l'étranger et la renonciation à une zone de plus de 114 000 km<sup>2</sup>, soit un quart du territoire de l'Allemagne d'avant-guerre.

7. Outre ce régime global de réparations, l'Allemagne a, conformément aux décisions prises par ses propres autorités, mis en place un système d'indemnisation en faveur des victimes de mesures spécifiques s'inscrivant dans le cadre de la persécution raciste et idéologique du régime nazi. Au mois de décembre 2010, pas moins de 70 milliards d'euros avaient ainsi été versés à ce titre à des personnes et à des Etats. Cette indemnisation des victimes de la persécution nazie se poursuit, à hauteur de 600 millions d'euros par an.

8. En ce qui concerne l'Italie et la Grèce, l'Allemagne a décidé d'indemniser aussi bien les gouvernements que les victimes individuelles.

Si vous le permettez, Monsieur le président, je vais vous donner quelques détails à ce sujet afin de réfuter les arguments fondés sur la nécessité et sur un prétendu déni de justice, et de démontrer que l'Allemagne a bel et bien assumé sa responsabilité.

— Au début des années 1960, la République fédérale d'Allemagne a versé 115 millions de DEM à la Grèce en faveur des victimes de la persécution raciale et religieuse. De même, elle a conclu avec l'Italie les deux traités auxquels il a été fait référence dans notre mémoire, en application desquels une somme forfaitaire de 80 millions de DEM a été versée à l'Italie.

**13** — Environ 3400 civils italiens ont été indemnisés par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» pour le travail forcé qu'ils avaient dû effectuer. La somme totale versée à des ressortissants italiens par cette fondation avoisinait les 2 millions d'euros.

— Par ailleurs, quelque 1000 internés militaires italiens ont été indemnisés pour cause de travail forcé dans le cadre du régime mis en place par ladite fondation.

— Enfin, de nombreux ressortissants italiens et grecs se sont vu verser des indemnités en application de la législation allemande d'après-guerre en matière d'indemnisation.

9. En résumé, un régime global de réparations a été mis en place, et intégralement mis en œuvre. Ce régime postulait que des sommes forfaitaires étaient versées aux gouvernements afin de réparer les dommages de guerre et que les citoyens devaient s'adresser à leur propre gouvernement pour recevoir la part qui leur revenait. Toutes les victimes de crimes de guerre étaient donc couvertes par ce régime. Par ailleurs, l'Allemagne a, de sa propre initiative, versé certaines sommes à des ressortissants étrangers. Pour l'essentiel, ces indemnités ont été versées aux victimes de mesures spécifiques s'inscrivant dans le cadre de la persécution raciale et idéologique nazie, et non à celles qui avaient subi des préjudices matériels et physiques en raison de la guerre. Ces mécanismes collectifs de réparation étaient aussi vastes que possible. Pour autant que des crimes aussi odieux puissent être réparés — et nous savons bien que tel n'est pas le cas —, l'Allemagne s'est honnêtement employée à le faire. L'idée selon laquelle ce régime de réparations dans son ensemble devait être mis à bas en 2004 est inacceptable.

10. La mise en œuvre de ce régime de réparations a été à l'origine de la réintégration de l'Allemagne démocratique dans la communauté internationale ; elle en était la condition préalable. Elle a ensuite permis à l'Allemagne de devenir, aux côtés de l'Italie et de la Grèce, l'un des principaux piliers de l'intégration européenne. Le Gouvernement italien l'a d'ailleurs reconnu. Pendant des décennies, il a considéré que la page des réparations avait été tournée. Ce n'est que lorsque le Gouvernement allemand — avec le soutien de l'industrie allemande — a unilatéralement décidé, en 2000, de verser aux anciens travailleurs forcés une indemnisation *ex gratia*, que l'Italie a soulevé la question des internés militaires italiens. Il est vrai que les prisonniers de guerre ne bénéficiaient pas de ce régime particulier. En revanche, les internés militaires qui avaient également subi une persécution raciale ou idéologique avaient droit à des indemnités.

## 14

### III. LE DÉNI DE JUSTICE

11. L'allégation selon laquelle il y aurait eu déni de justice est inexacte. Tous les plaignants avaient la possibilité de présenter leurs réclamations devant les tribunaux allemands et, en dernier ressort, devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un certain nombre d'affaires, ils ont d'ailleurs effectivement été entendus à Strasbourg. La Cour européenne a cependant jugé que l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, dans laquelle est consacré le droit à l'accès à la justice, n'avait pas été violé. Les arrêts en question sont cités dans nos écritures et plaidoiries.

C'est en se penchant sur l'arrêt de principe dans lequel la *Corte di Cassazione* italienne a formulé sa nouvelle doctrine — l'arrêt *Ferrini* — que l'on se rend compte à quel point l'allégation de déni de justice est erronée. Dans cette affaire, le plaignant, M. Ferrini, avait décidé de *ne pas* porter sa requête devant l'institution allemande compétente, la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir». M. Ferrini n'était pas un prisonnier de guerre mais un civil qui avait été soumis au travail forcé et, en principe, il aurait donc pu se voir verser des indemnités par la fondation. Mais il ne s'est pas tourné vers la fondation, et encore moins vers les tribunaux allemands, et a, au lieu de cela, introduit une instance en Italie. Par conséquent, l'allégation de nos collègues italiens selon laquelle M. Ferrini n'avait pas d'autre choix que de recourir aux juridictions italiennes est tout simplement inexacte. C'est d'ailleurs pourquoi la *Corte di Cassazione*, lorsqu'elle a rendu son

arrêt en l'affaire *Ferrini*, n'a pas fait mention d'un déni de justice, contrairement à ce qu'allèguent nos collègues italiens.

12. Monsieur le président, nos collègues grecs nous ont exposé hier en détail les différentes procédures en l'affaire *Distomo* : devant les juridictions grecques, devant les juridictions allemandes et, en dernier ressort, devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dès lors, comment peut-on considérer qu'il y ait eu déni de justice, ce qui aurait conduit les juges italiens à prendre les mesures que l'on sait ?

#### IV. PRÉSENTATION DES EXPOSÉS DE L'ALLEMAGNE

13. Monsieur le président, si vous le permettez, je présenterai maintenant les grandes lignes de la seconde intervention de l'Allemagne.

15 M. Tomuschat commencera par expliquer pourquoi l'argument du déni de justice ne saurait justifier la levée par les juridictions italiennes de l'immunité de l'Etat allemand. Il examinera également la tentative des Italiens d'appliquer rétroactivement certaines notions émergentes du droit international, ainsi que leur décision de rendre exécutoire en Italie l'arrêt rendu en Grèce en l'affaire *Distomo*, que je viens de mentionner. M. Gattini réfutera ensuite la thèse de l'applicabilité de l'exception délictuelle en tant qu'exception à l'immunité de l'Etat, et démontrera que la renonciation italienne contenue dans le traité de paix conclu avec les puissances alliées ne saurait être interprétée de manière aussi étroite que le soutient l'Italie. Il démontrera en outre que l'Allemagne ne saurait être considérée comme ayant commis un quelconque abus de droits. M. Kolb traitera ensuite de certains aspects du droit international humanitaire, du *jug cogens*, de l'argument de la complicité et de la thèse selon laquelle les affaires italiennes seraient d'une nature particulière. Enfin, je présenterai formellement les conclusions finales de l'Allemagne.

Monsieur le président, je vous prie de bien vouloir donner la parole à mon collègue, M. Christian Tomuschat.

Le PRESIDENT : Je remercie Mme l'ambassadeur Susanne Wasum-Rainer de sa présentation. Je donne maintenant la parole à M. Tomuschat.

M. TOMUSCHAT :

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, Madame Wasum-Rainer vient de vous indiquer pourquoi l'argument principal du défendeur, à savoir que l'Allemagne n'a accordé aucune sorte de réparation aux victimes des violations du droit humanitaire international commises par les autorités du III<sup>e</sup> Reich entre septembre 1943 et mai 1945 — période durant laquelle l'Italie était occupée —, est tout simplement fallacieux. L'Allemagne a bel et bien payé des réparations à de nombreuses catégories de victimes italiennes — certes pas à toutes, ce dont elle convient. Elle considère en effet, qu'en ce qui concerne certains dommages de guerre, d'autres modalités de règlement ont été utilisées ; le défendeur a choisi de ne pas tenir compte de ce fait bien qu'il ait constamment répété que la question des réparations devait être examinée dans son contexte.

**I. LES CLAUSES DE RENONCIATION CONCERNANT LES DEMANDES DE RÉPARATION  
AU TITRE DE VIOLATIONS DE RÈGLES IMPÉRATIVES DU DROIT INTERNATIONAL  
SONT-ELLES ILLICITES ? UNE ERREUR GROSSIÈRE  
ET UNE THÈSE DANGEREUSE**

2. Monsieur le président, si l'on prenait pour argent comptant les observations présentées par le défendeur, en particulier celles de M. Zappala<sup>1</sup>, alors l'ensemble de l'Europe se retrouverait de nouveau, 66 ans après la fin de la seconde guerre mondiale, en proie aux tensions, à l'inimitié et à la méfiance. Pourquoi cela ? Parce que si l'argument du défendeur était mis en pratique, tous les accords de paix conclus entre les ex-belligérants seraient dans une large mesure nuls et non avenue. Pas un seul de ces règlements complexes, dont certains contiennent en termes explicites et d'autres sous une forme un peu plus subtile des clauses de renonciation aux demandes de réparation ne survivrait à l'amputation d'une analyse qui manie le *jus cogens* comme un couteau suisse. Le défendeur affirme qu'il ne peut être renoncé aux demandes de réparation pour violation des règles du *jus cogens*. Lorsqu'ils entament des négociations en vue d'un accord de paix, les gouvernements doivent exiger d'emblée que leur soit accordés intégralement et sans restriction tous droits dont ils pourraient se prévaloir en vertu du droit de la responsabilité de l'Etat, si et dans la mesure où lesdits droits résultent de violations de ces normes supérieures.

16

---

<sup>1</sup> CR 2011/18, p. 28-30, par. 13-16 (Zappala).

3. Cette affirmation semble étrange, et même très étrange. Elle introduit une catégorie nouvelle en droit international, à savoir celle des réclamations auxquelles on ne peut jamais renoncer, que l'on ne peut cesser de faire valoir. Il est certes vrai qu'un Etat ne peut jamais conclure avec un autre un accord prévoyant une violation des droits fondamentaux de la personne. Aucun Etat ne peut autoriser un autre à torturer ses citoyens, à les tuer aveuglément, à les réduire en esclavage ou à se livrer à des pratiques génocidaires. Pareils actes, qui vont à l'encontre des règles du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*, ne peuvent en aucun cas être tolérées ou autorisées. Et leurs auteurs doivent assurément être poursuivis. Mais c'est une tout autre chose que de renoncer à des demandes de réparations financières au titre de tels crimes ou de crimes comparables. Le fait dommageable a été perpétré. La vie des intéressés n'est plus en danger. A ce stade, lorsque l'acte illicite a déjà été commis, des questions d'exécution et d'application se posent. La réalisation de la responsabilité peut prendre les formes les plus diverses. Il n'existe simplement pas de règle du *jus cogens* prévoyant comment doivent être réparées les violations de ces normes impératives. Permettez-moi de le souligner à nouveau : en matière de réparation financière, il n'existe aucune règle du *jus cogens*. Le libellé prudent de l'article 41 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat indique clairement qu'en règle générale, les Etats intéressés ont accès aux moyens ordinaires de réparation. Manifestement, tout Etat peut choisir de renoncer à ce qui lui est dû si bon lui semble. Les raisons d'un tel renoncement peuvent être de nature très diverse. L'une d'elles est la volonté d'établir une paix ferme et durable après une période de conflit armé aux conséquences dévastatrices pour la population. En tout cas, il semblerait évident qu'aucune règle du *jus cogens* n'impose aux Etats de procéder à un règlement où chaque violation d'une règle du droit humanitaire serait prise en considération et sanctionnée par des mesures de réparation spécifiques, selon une liste bureaucratique énumérant par le menu les violations pertinentes, et conformément à des règles complexes d'établissement de la preuve.

17

4. Le modèle préconisé par le défendeur est si éloigné de la réalité que l'on peut même se demander s'il ne s'agit pas d'une plaisanterie. Permettez-moi de commencer par donner un seul exemple, celui du traité dit de « 2 + 4 » de 1990, qui a officiellement mis fin à la seconde guerre mondiale en levant les responsabilités d'ensemble qu'assumaient encore les puissances victorieuses. En ce qui concerne la relation entre les anciens adversaires du Reich allemand et les

deux Etats allemands, ce traité a définitivement mis fin à la guerre, il en a marqué le point final. Or, que nous dit à présent le défendeur ? Ce règlement, salué par le monde entier comme l'aboutissement d'un long processus de concessions mutuelles, est dans une large mesure nul et non avenu, étant donné qu'il ne rend pas justice aux prétendus droits de millions de personnes qui ont subi des préjudices durant la guerre. C'est bien là l'essentiel de ses conclusions. Les Etats n'ont pas le droit d'abandonner les demandes en réparation de leurs nationaux.

5. Quelles sont les conséquences de cette interprétation ridicule ? Et bien il tombe sous le sens que cela bouleverserait toute l'architecture de l'après-guerre, celle des relations pacifiques entre Etats. L'Allemagne devrait dédommager des millions de personnes alors même qu'au niveau interétatique, elle a déjà payé des réparations d'une ampleur inégalée. Elle sait bien que la seconde guerre mondiale a fait un nombre immense, presque incalculable, de morts et de blessés. Mais le droit international est le droit de la réciprocité. L'Allemagne n'est pas un Etat paria et les clauses de la Charte des Nations Unies faisant référence à l'Etat ennemi — les articles 53 et 107 — sont devenues obsolètes. En d'autres termes, les victimes allemandes de crimes de guerre seraient nécessairement dans la même position. Je n'ai pas à entrer dans les détails. Ce qui s'est passé, en particulier, lorsqu'à la fin de la seconde guerre mondiale des Allemands et des Allemands de souche furent chassés des parties orientales de l'Allemagne et d'autres pays d'Europe de l'Est est bien connu. Il faudrait aussi se pencher sur la conformité au droit humanitaire international des bombardements aériens de Hambourg et Dresde. Je pourrais aussi m'étendre sur les pertes subies par ma propre famille, mais je m'en abstiendrai.

6. En d'autres termes, la position juridique préconisée par l'Italie ramènerait l'Europe au passé malheureux des années 1939 à 1945. Cette fois, il n'y aurait pas de conflit armé. Mais des combats juridiques seraient livrés partout en Europe. Toute personne estimant avoir subi un préjudice à raison d'une violation des règles du droit international humanitaire pourrait aujourd'hui, 66 ans après la fin officielle de la seconde guerre mondiale, intenter une action devant les tribunaux de son pays à l'encontre de l'Etat accusé d'être l'auteur du fait illicite, en dépit des règlements conclus entre les Etats intéressés. Ce n'est pas là seulement une considération politique, sans aucune valeur juridique. Ce que je viens d'évoquer doit suffire à convaincre que la façon traditionnelle d'agir par la voie des accords internationaux, selon laquelle l'Etat qui reçoit

des réparations se charge ensuite de redistribuer les sommes obtenues à ses nationaux, a une logique intrinsèque qui vise à permettre la paix.

7. Ce que les conseils du défendeur proposent comme une solution appropriée et juste serait un moyen sûr d'instaurer l'hostilité permanente, une situation de tensions à laquelle les moyens pacifiques ne pourraient jamais mettre fin. En effet, le défendeur prétend que tout un chacun peu objecter à la conclusion définitive d'un accord de paix. Or, tout un chacun ne pourra jamais obtenir complète satisfaction. Un droit de veto serait ainsi accordé à quiconque souhaiterait faire obstacle à la paix et à un nouveau départ.

## II. LA PORTÉE DE L'IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE NE S'EST PAS RÉDUITE

8. Après cette introduction, que d'aucuns pourront trouver excessivement dramatique mais qui en fait n'est peut-être même pas assez pessimiste, j'aimerais revenir à l'essence même du présent différend, qui n'est ni plus ni moins que l'immunité juridictionnelle. Mardi, l'équipe allemande a attentivement écouté ce que l'Italie avait à dire sur ce principe. Mais, pour être franc, il n'a pas été dit grand-chose qui soit susceptible d'accréditer la thèse selon laquelle la portée de l'immunité juridictionnelle se serait réduite en-dessous du niveau qu'elle avait atteint sous l'effet de la doctrine des actes commerciaux. Bien entendu, le fait que l'Etat ne saurait revendiquer son immunité au sujet de transactions commerciales est bien accepté de nos jours. Mais déduire du passage à la théorie restrictive de l'immunité à l'égard des actes *jure gestionis* que le processus se poursuit et qu'il porte même atteinte à l'immunité à l'égard des actes *jure imperii* est une grossière erreur. L'Allemagne doit réitérer sa position, qui est très claire : le droit international général est constitué de règles de droit positif, de règles nées de la pratique et de l'opinion globalement partagée dans la communauté internationale que les faits observables de manière empirique constituent des préceptes contraignants.

19

9. Le conseil du défendeur a soutenu, de façon tout à fait imprécise et sans procéder à une analyse claire de l'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 9 mars 2011, que cette décision constituait un revirement de jurisprudence de la part de cette juridiction par rapport à son arrêt *Bucheron* où elle affirmait que l'Etat jouissait d'une immunité absolue à l'égard de ses actes *jure imperii*. Or, à la lecture des passages pertinents de l'arrêt du 9 mars 2011, il apparaît

clairement que la Cour de cassation considère, dans une remarque incidente, que les actes de terrorisme pourraient être exclus du champ de protection de l'immunité, sans toutefois parvenir à une conclusion définitive à cet égard. En résumé, il convient de relever trois éléments. Premièrement, l'affaire portait sur des faits de terrorisme et non sur des faits de guerre. Deuxièmement, elle concerne des faits survenus en 1989, tandis que, dans notre cas, ce sont des faits datant de presque 70 ans qu'il convient de juger. Troisièmement, la Cour de cassation livre à la discussion une idée sans l'approuver ni la contester, en déclarant simplement qu'il s'agit-là d'une question à laquelle il convient de prêter dûment attention. Nous sommes bien loin de la pratique bien solide, concrète et tangible susceptible de servir de fondement à une nouvelle règle coutumière. Au contraire, les décisions récentes que l'Allemagne a citées dans le cadre de la présente procédure ne laissent aucun doute : la règle de l'immunité de l'Etat demeure en vigueur et elle doit être respectée.

10. Hier, l'agent de la Grèce s'est trouvé quelque peu embarrassé lorsqu'il a dû expliquer la portée et le sens de l'arrêt *Margellos* rendu par Cour suprême spéciale établie en vertu de l'article 100 de la Constitution grecque. Il a manifestement tenté de déprécier la portée juridique de cette décision. Malgré l'expertise de l'agent de la Grèce, l'Allemagne s'estime en droit de faire remarquer que la Cour suprême spéciale est l'instance judiciaire à laquelle, en Grèce, il a spécifiquement été confié la tâche de statuer sur l'existence et la portée de règles générales de droit international. Il ne s'agit pas simplement d'un de ces nombreux tribunaux spécialisés qui n'ont que peu d'autorité. De surcroît, d'après la loi d'application, que fort étrangement la Grèce n'a pas mentionnée, et notamment l'article 54, les arrêts de la Cour suprême spéciale s'imposent à toutes les autorités judiciaires grecques en ce qui concerne la question sur laquelle elle a statué. En fait, après l'affaire *Margellos* — comme l'a déjà fait remarquer Mme Wasum-Rainer —, pas le moindre jugement divergent n'a été rendu en Grèce. Même la Cour de cassation (*Areios Pagos*) s'est rangée à l'autorité de la Cour suprême spéciale. Par conséquent, l'arrêt *Margellos* revêt la plus haute importance lorsqu'il s'agit de déterminer la pratique juridique actuellement en vigueur à la lumière du paragraphe 1, point *b*), de l'article 38 du Statut de la Cour.

11. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, il convient de ne pas perdre de vue l'élément factuel essentiel de l'affaire qui est portée devant vous. Vous êtes amenés à

20

trancher un différend né de la seconde guerre mondiale, une guerre qui a entraîné l'Europe toute entière dans la violence pendant presque six années. La question cruciale est donc la suivante : comment régler les conséquences des conflits armés, quelles modalités le droit international met-il à la disposition des parties concernées pour faire face à un phénomène qui, par nécessité, occasionne des préjudices et des pertes, y compris en vies humaines ? A cette question le défendeur répond que chaque victime devrait avoir le droit de demander individuellement réparation pour les dommages qu'elle a subis. Cela revient à dire que le règlement de ces conflits serait privatisé et individualisé. Les Etats seraient dépossédés de leur rôle traditionnel de garants du bien public à un stade où de nombreux enjeux sont en cause. Après un conflit armé, il existe d'une part la nécessité urgente d'accorder des compensations pour les pertes subies et, d'autre part, celle de jeter les bases d'un nouveau départ dans la relation entre les anciens ennemis. C'est pourquoi le facteur temps devient également important. Les traités peuvent normalement être conclus assez rapidement, même si cela n'est bien sûr pas toujours le cas. S'il fallait examiner séparément chaque cas individuel, il serait impossible d'agir vite. Au stade de l'exécution des décisions, les difficultés deviendraient même insurmontables. Pourquoi un Etat reconnaîtrait-il des milliers de jugements rendus par les juges d'un autre Etat le condamnant, pour ainsi dire, pour fait illicite ? On entrerait alors dans un cercle vicieux d'accusations et de contre-accusations, chaque camp commençant à entamer des procédures judiciaires pour dénoncer les crimes de guerre commis par l'autre.

12. C'est pour ces raisons que le droit international a évolué ; pendant des décennies et même des siècles, la règle de l'immunité juridictionnelle a eu pour but de permettre un règlement au niveau diplomatique, très souvent par le biais d'accords aux termes desquels l'Etat ayant droit à réparations recevait une somme forfaitaire qu'il était chargé de distribuer à ses ressortissants. Ainsi, l'immunité de l'Etat a une logique inhérente, une raison d'être qui n'est en aucun cas caduque. En particulier, les modes de règlement classiques garantissent que les victimes sont indemnisées conformément à des critères de justice et d'égalité. A défaut de quoi, si le règlement des dommages de guerre est laissé à l'initiative privée, les plus habiles, ceux qui savent comment intenter une procédure judiciaire et qui ont les moyens d'engager des avocats compétents, pourraient se tailler la part du lion, tandis que le citoyen ordinaire demeurerait sans recours. Ainsi,

21

le mode traditionnel de règlement présente aussi l'avantage d'être une procédure par défaut bien organisée, dans laquelle des règles strictes, émises par l'Etat victime, sont garantes de la justice et de l'équité. Cette remarque montre par la même occasion que le défendeur avait tout simplement tort lorsqu'il a — tout comme hier l'intervenant — opposé de façon mécanique d'un côté des êtres humains isolés ayant besoin d'être protégés et de l'autre des Etats puissants, froids et répugnants : bien comprise, l'immunité juridictionnelle est garante de relations internationales bien ordonnées, dont les victimes individuelles ne sont pas les dernières à bénéficier.

13. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, l'Italie nous a présenté quelques affaires qui, selon elle, prouveraient que la règle de l'immunité juridictionnelle est devenue fragile et qu'il convient de ne pas la respecter en la présente affaire. En vérité, aucune de ces affaires, pas une seule, ne concerne des situations de conflit armé. Aucune nouvelle pratique ne permet de déduire que les tribunaux internes ont transgressé le principe de l'immunité juridictionnelle en ce qui concerne les différends portant sur des demandes de réparation fondées sur des violations du droit international humanitaire. J'ai déjà évoqué la récente décision que la Cour de cassation française a rendue en mars dernier. Ce différend concernait un acte de terrorisme, un acte de terrorisme isolé, même si, bien sûr, il était très grave. Quant à l'affaire canadienne, que l'Italie a évoquée très tardivement pendant sa plaidoirie de mardi, elle concerne un acte de torture commis sur une personne. Pourtant, on ne saurait comparer des cas isolés d'actes illicites aux violations massives qui sont commises pendant des hostilités armées, et c'est — malheureusement — ce phénomène de masse qu'il faut examiner — et résoudre. Ces récentes affaires doivent être considérées sous le même angle que l'affaire *Letelier* aux Etats-Unis, dans laquelle des juges américains saisis par des membres de la famille de M. Letelier, un ex-ministre chilien, ont décidé que le Chili devait répondre des accusations portées contre lui et se sont déclarés compétents pour connaître du fond de l'affaire. Il s'agit-là d'une catégorie d'affaires, à savoir les attaques à l'intégrité physique d'une personne sur le territoire de l'Etat du for. Mais comment peut-on comparer ces affaires aux crimes commis au cours de conflits armés ? Les hommes de loi ont le devoir intellectuel fondamental d'opérer des distinctions. Dès les premiers jours de leur formation universitaire, on leur apprend à opérer des distinctions. On leur apprend à examiner attentivement les circonstances factuelles qui caractérisent une affaire et qui en déterminent

l'essence, à ne pas verser dans de fausses analogies, à ne pas suivre aveuglément les termes abstraits d'une disposition juridique. C'est aussi ce qu'il faut faire dans la présente espèce.

22

14. C'est dans ce sens qu'il convient d'interpréter l'article 12 de la convention des Nations Unies. Mon collègue, M. Gattini, analysera de façon plus détaillée la portée et le sens de cet article. Mais, permettez-moi de le dire dès à présent : à l'évidence l'article 12 ne concerne pas les faits de guerre. Il vise manifestement les événements accidentels, et non la violence organisée qui se produit au cours d'une guerre. Les termes sont là, il suffit simplement d'y prêter attention. Il n'y a pas non plus de mystère ni d'énigme dans l'histoire rédactionnelle. L'intention première des rédacteurs était de couvrir les accidents de la route et autres risques susceptibles d'être assurés. Telle est en substance la teneur de l'article 12. L'appliquer à des faits de guerre, c'est en dénaturer le sens profond. Toute tentative d'interprétation a ses limites. J'aimerais simplement rappeler le préambule de la résolution par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la convention des Nations Unies, ainsi que la déclaration de M. Hafner, président du groupe de travail qui est finalement parvenu à surmonter les obstacles qui, pendant de nombreuses années, ont empêché l'adoption de la convention. Tout cela a déjà été amplement expliqué dans nos écritures et déjà clarifié par M. Gattini dans ses plaidoiries.

### III. LE RESPECT DE L'IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE EN PRATIQUE

15. Monsieur le président, avant d'en venir à l'allégation erronée selon laquelle l'Allemagne n'a accordé aucune réparation à l'Italie, permettez-moi de faire une remarque qui peut sembler évidente mais qui ne l'est pas du tout — sauf peut-être pour les pays qui respectent la loi. Ma remarque est la suivante : en Allemagne, aucun plaignant n'a jamais réussi à faire valoir devant la justice une plainte contre les Etats qui lui ont fait subir une injustice — ou, pour dire les choses plus modérément, dont il estime avoir subi une injustice — pendant la seconde guerre mondiale. Bien entendu, les tribunaux allemands sont accessibles. Quiconque pensant avoir un grief contre un Etat étranger peut engager une telle action. Cela n'est interdit à personne. Mais de telles plaintes n'ont jamais abouti, pas une seule fois. Dans certaines affaires, pourtant, des personnes ayant été expulsées de force de pays d'Europe de l'Est dans les conditions les plus dégradantes et ayant tout perdu sans qu'aucune compensation ne leur soit accordée ont engagé des procédures

judiciaires contre les Etats concernés : rien à faire, les plaintes ont été jugées irrecevables en vertu du principe de l'immunité de l'Etat.

23 16. La solution idéale consisterait-elle, comme l'Italie et l'intervenant en soutiennent le principe, à régler les problèmes résultant des guerres récentes en Irak et en Afghanistan par des actions individuelles engagées par des personnes susceptibles de se prétendre victimes de crimes de guerre ? Je n'insinue en aucun cas par là que les troupes étrangères déployées dans ces pays ont commis au quotidien toute une série de crimes de guerre. Mais par ailleurs, il est indéniable que des crimes de guerre y ont été commis. A-t-on eu vent d'actions civiles engagées par la population locale contre les pays qui ont fourni des contingents ? A la connaissance de la communauté juridique internationale, absolument pas. Les victimes devraient être indemnisées, cela ne fait aucun doute. Mais il revient aux Etats concernés de mettre au point avec soin les moyens de le faire. Il existe pour cela de nombreuses possibilités. Ce n'est certainement pas par accident que rien n'a été tenté pour procéder unilatéralement, en imposant des décisions judiciaires internes à l'Etat qui aurait agi de façon illicite.

#### **VI. L'ALLEMAGNE N'AURAIT PAS ACCORDÉ DE RÉPARATION**

17. Monsieur le président, permettez-moi d'aborder à présent une question qui a pris une place centrale dans l'argumentation de l'Italie mais qui, examinée de plus près, est d'ordre secondaire, à savoir la mesure dans laquelle l'Allemagne a en fait accordé réparation aux victimes. Il est évident que, d'un point de vue humain, réparation et indemnisation sont essentielles. Les victimes pouvant être identifiées doivent obtenir réparation, cela ne fait aucun doute. Nous mêmes, en tant que membres de l'équipe allemande, sommes atterrés, comme vous, par les atrocités commises dans le passé par les forces armées allemandes dans certaines localités, en Italie ainsi qu'en Grèce. Même si les règles relatives aux représailles militaires étaient assez sommaires pendant la seconde guerre mondiale, les forces armées d'un pays civilisé n'auraient jamais dû s'engager dans une guerre dirigée contre des civils pour se venger des attaques des partisans. Notre sympathie va aux victimes. Mais, le cœur de la question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'Allemagne jouit de l'immunité souveraine pour des actes commis pendant la seconde guerre mondiale, il y a soixante-six ans de cela. Comme tout autre Etat souverain, l'Allemagne jouit de

l'immunité souveraine, après avoir montré, pendant plus de six décennies, depuis l'effondrement en 1945 de la funeste dictature nazie, qu'elle voulait et pouvait être un partenaire pacifique au sein de la communauté internationale des nations. Elle a pleinement reconnu ses agissements et ses crimes passés. Toutefois, les événements déplorables de la seconde guerre mondiale, qui ont entraîné une catastrophe non seulement pour les Etats voisins de l'Allemagne, mais également pour celle-ci, ne sauraient signifier et ne signifient pas que celle-ci peut être privée de ses attributs en tant qu'Etat égal à tous les autres.

24 18. Mais cela ne signifie pas non plus que l'Allemagne souhaite se soustraire à ses responsabilités pour ce qui est des crimes que les autorités du Reich allemand ont commis en Italie entre septembre 1943 et mai 1945. Elle note que l'expression menaçante, «immunité ne peut signifier impunité», employée par le défendeur dans ses pièces écrites afin de discréditer la position de l'Allemagne et d'essayer de ternir l'argument de l'immunité en le présentant comme une odieuse tentative faite par l'Allemagne pour se soustraire avec légèreté à ses responsabilités n'est pas réapparue mardi dans les plaidoiries de l'Italie. L'Allemagne lui est reconnaissante d'avoir corrigé son langage. Il apparaît clairement, à présent, que le débat n'a pas été porté sur le terrain de la poursuite pénale, ce qui aurait donné à penser que le peuple allemand devait être puni collectivement.

19. Pour en venir à la question de la réparation, le point de vue juridique doit être clairement énoncé de manière à exclure toute interprétation erronée. Deux catégories de réparation peuvent être prises en considération, la réparation individuelle aux victimes, et la réparation collective à l'Italie en tant qu'Etat. Le plus souvent, la lecture des écritures de l'Italie n'éclaire guère quant à ce qu'elle veut vraiment dire. La réparation y apparaît comme une notion fourre-tout. Permettez-moi de dire une fois encore combien il importe que les hommes de loi sachent opérer des distinctions. C'est la première qualité qu'ils doivent avoir. La réparation au niveau interétatique n'a rien à voir avec celle accordée à des victimes individuelles.

20. Je me pencherai tout d'abord sur cette dernière question. Mme Wasum-Rainer a souligné que de nombreux groupes de personnes avaient obtenu réparation de manière individualisée, en particulier les personnes qui furent l'objet de persécutions pour des motifs raciaux. La nouvelle Allemagne a mis un point d'honneur à prendre ses distances par rapport aux

politiques de persécution raciale intolérables du III<sup>e</sup> Reich en en indemnisant les victimes. Les sommes versées sont considérables.

21. Par ailleurs, l'Allemagne a toujours estimé que les violations du droit international humanitaire ne pouvaient créer de droits individuels. M. Perrakis a tenté de démontrer hier que, déjà en 1907, les gouvernements réunis à La Haye s'étaient entendus, dans l'article 3 de la quatrième convention, pour faire droit aux demandes en réparation concernant des victimes individuelles en cas de violation des règles du droit international humanitaire. Cette tentative a clairement échoué. La pratique pertinente des traités de paix sur plus d'un siècle n'a pas confirmé la thèse défendue par mon éminent collègue, M. Frits Kalshoven. La question a été longuement examinée dans nos écritures et nous ne voyons donc pas la nécessité d'y revenir. L'Allemagne note que l'Italie semblerait partager son opinion à cet égard. Pour reprendre les mots de M. Zappalà mardi, au paragraphe 31 de sa plaidoirie : «La question posée en la présente affaire est celle de la responsabilité de l'Etat dans sa dimension interétatique... La question du droit des victimes à obtenir réparation à titre individuel ne se pose pas.»<sup>2</sup> M. Zappalà a su faire la distinction. Voilà qui clôt donc le débat sur la question de savoir si l'Allemagne a négligé d'accorder réparation aux victimes à titre individuel. On ne saurait en déduire que les particuliers, voyant l'Allemagne faire obstacle à leurs revendications n'avaient d'autre solution que de se tourner vers les juridictions de leur propre pays. L'Allemagne ne contredit pas les observations de M. Zappalà sur ce point, mais elle note une incohérence dans le raisonnement de l'Italie. M. Dupuy parle de requérants qui ont cherché en vain à obtenir réparation pendant un demi-siècle<sup>3</sup>. Or, M. Ferrini, en particulier — comme cela a déjà été souligné —, n'a jamais présenté aucune demande aux autorités allemandes.

25

22. En conséquence, la question se pose de savoir si l'Allemagne a failli à l'obligation de réparation collective qui lui incombait, selon l'Italie. La position de celle-ci exige une explication du régime de réparation tel qu'il a été conçu par la communauté des Etats ayant déclaré la guerre à l'Allemagne sous l'autorité des trois, puis des quatre puissances victorieuses alliées : l'Union soviétique, le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique, rejoints plus tard par la France. Les

---

<sup>2</sup> CR 2011/18, p. 35, par. 31 (Zappalà).

<sup>3</sup> CR 2011/18, p. 53, par. 8 (Dupuy).

26

fondements de ce régime ont été posés à Potsdam, quelques mois après la capitulation de l'Allemagne. Les accords de Potsdam contiennent un chapitre sur les réparations qui, loin d'être resté lettre morte, a été scrupuleusement mis en œuvre. Ils devaient constituer un accord de paix global, sous réserve de l'approbation ultérieure d'une conférence de paix qui se réunirait pour définir les nouvelles frontières de l'Allemagne après les amputations massives déjà décidées, en principe, par la conférence, en l'absence de l'Allemagne, Etat vaincu. Il fut alors décidé à Potsdam du montant des réparations, de leur forme et de leurs modalités ainsi que des pays qui en bénéficieraient. L'Italie n'a pas été prise en considération dans ce calcul. Cette détermination de principe fut mise en œuvre par l'agence interalliée des réparations sise à Paris, qui opérait en tant que centre de calcul et de distribution. L'Italie ne reçut donc aucun versement. Il s'agissait d'aider les pays qui avaient été victimes des guerres d'agression lancées par les puissances de l'Axe. La Grèce faisait partie des Etats qui comptèrent parmi les bénéficiaires. Bien évidemment, et logiquement, l'Allemagne fut seulement considérée comme l'agresseur qui était tenu de réparer les dommages causés dans la plus grande mesure possible. L'Italie ne fut pas non plus tenue comptée au nombre des bénéficiaires, pour la simple raison qu'avant de rejoindre les puissances alliées victorieuses en 1943, elle avait mené des politiques d'agression de même nature. L'Italie ne pouvait se débarrasser de son passé. Elle avait très judicieusement abandonné ses liens étroits avec l'Allemagne nazie à un moment où la chute du III<sup>e</sup> Reich était devenue une perspective réaliste, mais aux fins de l'accord de paix elle était toujours considérée comme un Etat agresseur. Jusqu'en septembre 1943, elle avait participé activement à l'assujettissement impérialiste de peuples européens. On estimait naturellement qu'elle devait réparer les dommages subis par ses ressortissants, les victimes, avec ses propres ressources.

23. Il est donc normal que l'Italie ait dû renoncer à toute réclamation contre l'Allemagne en vertu du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix. Les deux pays, le III<sup>e</sup> Reich et l'Italie fasciste, avaient été complices pour tenter d'établir un régime hégémonique en Europe, en violation du droit à l'autodétermination des peuples qui n'étaient pas leurs alliés. Pourquoi l'un des partenaires de cette alliance impie aurait-il le droit de présenter des demandes en réparation à l'autre ? Le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix constitue une sanction imposée

délibérément à l'Italie qui, en vertu d'autres dispositions de ce traité, fut tenue d'accorder réparation aux pays qu'elle avait occupés.

24. De par les responsabilités que leur avait conférées leur victoire, les puissances alliées ont manifestement exercé une sorte de discrimination contre l'Italie. Toutefois, comme je viens de l'expliquer, cette discrimination délibérée avait des raisons précises. Dans l'ensemble, le régime de réparation conçu par les puissances alliées était soigneusement équilibré. Aucun des Etats contre lesquels les puissances de l'Axe avaient mené des opérations militaires n'a été pleinement dédommagé pour les préjudices subis. Les ressources financières disponibles étaient rares, et il fallait donner une chance à l'Allemagne de se reconstruire, en particulier pour ses jeunes générations. Par conséquent, certains pays qui avaient été touchés particulièrement durement ont été plus généreusement indemnisés, tandis que d'autres, comme l'Italie, n'ont pas du tout été pris en compte. Cette discrimination, cette inégalité ne détruit pas la structure établie dans son ensemble. Elle avait des raisons intrinsèques et mûrement réfléchies. Le défendeur ne saurait en conséquence prétendre avoir été traité injustement.

25. En bref, les accords de Potsdam, finalement confirmés par le traité «deux-plus-quatre» de 1990, ont établi, avec les traités de paix de Paris de 1947, un régime global de réparation applicable à tous les pays qui avaient été les ennemis de l'Allemagne — comme l'Italie, qui lui déclara la guerre après avoir dénoncé son alliance avec le III<sup>e</sup> Reich à la suite de la rupture de septembre 1943. Comment l'Italie peut-elle soutenir que les accords de Potsdam et le traité «deux-plus-quatre» de 1990 ne lui sont pas opposables ? Les puissances victorieuses de la seconde guerre mondiale avaient établi en Europe un directoire qui n'a suscité aucune objection et que l'Italie a dû officiellement accepter par le traité de paix de 1947. Mon collègue, M. Andrea Gattini, poursuivra l'analyse du paragraphe 4 de l'article 77 de ce traité. Mon rôle était de présenter le contexte politique, historique et juridique de la clause de renonciation, qui ne doit pas être considérée comme une sorte d'accident, une disposition déviante qui ne cadre pas avec le régime de la responsabilité internationale. C'est l'inverse ! La clause de renonciation a été délibérément imposée à l'Italie comme une sanction de la communauté internationale pour les actes illicites qu'elle avait commis antérieurement en tant que complice de l'Allemagne pendant une guerre qui a détruit les bases de la civilisation en Europe.

26. Ainsi, à la lumière de ce que je viens de dire, l'Allemagne ne peut être soupçonnée d'avoir failli à son devoir de réparation. Elle a payé chèrement les desseins criminels du III<sup>e</sup> Reich. La dernière page a finalement été tournée en 1990 lorsqu'elle a reconnu une fois pour toutes que les territoires qui, à Potsdam, avaient été placés provisoirement sous administration polonaise et soviétique étaient devenus territoires polonais ou russes. Plus de 100 000 km<sup>2</sup> devinrent ainsi le prix que la nouvelle Allemagne a dû payer pour les erreurs d'un gouvernement criminel qui avait non seulement rompu la paix en Europe, faisant des millions de victimes à l'est et à l'ouest, au nord et au sud, mais aussi entraîné la mort et la destruction pour le peuple allemand. Des millions de personnes ont perdu leur foyer ancestral, leur *Heimat*. On ne saurait cependant réécrire l'histoire et il est impossible de tout réparer après que le mal a frappé. Soyons heureux et réjouissons-nous des relations pacifiques qui règnent actuellement en Europe.

27. Étant donné qu'on peut reprocher à l'Allemagne d'avoir failli à son devoir de réparation, nous ne voyons aucunement la nécessité de discuter de la très étrange nouvelle théorie des contre-mesures avancées par MM. Palchetti et Dupuy. Ceux-ci affirment que, parce que l'Allemagne a failli à son obligation de réparation, les juridictions italiennes deviennent compétentes d'un coup de baguette magique et sont en droit de se prononcer sur les questions controversées, en totale opposition avec les règles élaborées par la Commission du droit international. Ils sont manifestement une mauvaise voie.

28

**V. L'ITALIE A VIOLÉ L'IMMUNITÉ DE L'ALLEMAGNE EN DÉCLARANT EXÉCUTOIRE L'ARRÊT  
RENDU EN GRÈCE EN L'AFFAIRE *DISTOMO***

28. Monsieur le président, permettez-moi maintenant d'en venir à un autre aspect que je souhaite examiner de manière plus détaillée. Le jugement rendu en Grèce par le Tribunal de première instance de Livadia en l'affaire *Distomo*, rendu inopérant en Grèce parce que le ministre de la justice a refusé d'en autoriser dûment l'exécution, a été déclaré «exécutoire en Italie» en vertu de deux décisions de la Cour d'appel de Florence. Il ne s'agissait pas là d'une affaire de routine. Les juges de la Cour d'appel devaient avoir connaissance des origines de la demande traitée dans le jugement du Tribunal de Livadia, laquelle avait été formulée contre l'Allemagne à raison du massacre de Distomo. Je ne le répéterai jamais assez : ce crime était abominable. En tant que conseillers de l'Allemagne, et au nom de cet Etat, nous déplorons profondément les événements de

Distomo, et ne parvenons nous-mêmes pas à comprendre comment des militaires peuvent aller au-delà de ce qu'exigent le droit et le principe d'humanité en assassinant des femmes, des enfants et des personnes âgées. Mais là n'est pas la question : la question est de savoir si l'Italie avait le droit de prêter son concours pour faire exécuter le jugement controversé. En fait, des mesures d'exécution forcée ont été prises.

29. L'immunité juridictionnelle a incontestablement une vaste portée. Elle protège un Etat non seulement contre l'examen au fond de demandes relatives à des actes *jure imperii*, mais aussi contre l'exécution de décisions les concernant. La partie IV de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens porte sur les mesures d'exécution forcée, qui ne sont autorisées que dans des conditions très strictes. Le principal enjeu de notre affaire n'est pas mentionné expressément dans la convention. Celle-ci ne précise pas qu'une décision rendue en violation de la règle de l'immunité n'est pas susceptible d'exécution. Mais cette conclusion découle fatalement de la règle générale de l'immunité des Etats telle qu'elle est exprimée, notamment, à l'article 5 de la convention, qui exprime le droit international général. En déclarant le jugement du Tribunal de première instance de Livadia exécutoire sur le sol italien, la Cour d'appel de Florence s'est arrogé une compétence à l'égard de l'Allemagne dans un domaine où toute compétence nationale est exclue. De toute évidence, les décisions de la Cour d'appel de Florence s'inscrivent dans la lignée de la jurisprudence *Ferrini* de la Cour de cassation italienne (*Corte di Cassazione*). Partant, les objections élevées contre la jurisprudence *Ferrini* s'appliquent également aux décisions qui ont préparé le terrain en vue de l'exécution, ou qui ont prescrit ou autorisé des mesures concrètes d'exécution.

**29**

30. Il est révélateur, à cet égard, que l'impossibilité d'exécuter le jugement grec de Livadia est également démontrée par la législation pertinente de l'Union européenne. La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dont les dispositions ont été incorporées dans le droit communautaire européen, ne traite pas des demandes liées aux actes commis par des forces armées sur le territoire de l'un des Etats parties, ce que la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé en l'affaire *Lechouritou et autres*, dans un arrêt du 15 février 2007. Voilà pourquoi l'avocat général italien de Florence a recommandé à la Cour d'appel d'écarter la déclaration

d'exécution prononcée en première instance<sup>4</sup>. Pourtant, sous l'influence de la jurisprudence *Ferrini*, la Cour d'appel n'a pas suivi cette recommandation. Il apparaît donc là encore qu'une décision doit être prise sur le bien-fondé en droit de la logique qui sous-tend l'arrêt *Ferrini*, laquelle, selon le demandeur, va à l'encontre des mécanismes bien établis de droit international qui régissent l'indemnisation des victimes de dommages de guerre.

31. Par ailleurs, l'Allemagne a pris bonne note de la déclaration de l'agent de l'Italie, qui a reconnu mardi que l'inscription d'une hypothèque judiciaire au cadastre sur la Villa Vigoni n'était pas conforme au droit international et qu'il y serait donc remédié<sup>5</sup>.

## VI. LES DEUX ACCORDS DE 1961

32. L'Allemagne n'estime pas nécessaire, à ce stade de l'instance, de s'étendre davantage sur les deux traités de 1961. Ceux-ci ne sont pas au cœur du présent différend. Cela étant, une observation s'impose. Dans ses exposés écrits, l'Italie a prétendu que, en concluant ces deux traités, l'Allemagne avait renoncé à se prévaloir d'une quelconque façon de la clause de renonciation contenue dans le traité de paix. Cette conclusion ne tient pas. L'Allemagne a toujours soutenu que la clause de renonciation figurant dans le traité de paix demeurait pleinement valable et applicable. Du reste, aucun Etat ne peut être tenu de renoncer, fût-ce dans une moindre mesure, à des avantages qui lui sont acquis. La conclusion des deux accords de 1961 constituait un geste en direction de l'Italie qui visait à améliorer encore les relations entre les deux Etats, conformément à l'esprit d'amitié qui s'était développé avec la création de la Communauté économique européenne en 1958, et à normaliser davantage leurs relations économiques et financières. Il semblait que des Etats partenaires au sein de la Communauté devaient s'efforcer de régler les éventuelles divergences de vues qui pouvaient subsister entre eux. Les deux traités ne contiennent pas le moindre indice permettant de penser que l'Allemagne ait voulu renoncer à bénéficier de la clause de renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix, et cet argument n'a d'ailleurs pas été réitéré à l'audience de mardi.

30

---

<sup>4</sup> MA, annexe 22.

<sup>5</sup> CR 2011/18, p. 14, par. 12.

33. Monsieur le président, ainsi s'achève ma partie des plaidoiries de l'Allemagne pour ce second tour. Je vous prie de bien vouloir donner la parole à mon collègue Monsieur Gattini.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Christian Tomuschat pour sa présentation. J'invite maintenant M. Andrea Gattini à prendre la parole.

M. GATTINI :

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, dans mon premier exposé de lundi, j'ai démontré que les deux arguments avancés par le défendeur pour justifier que la Cour de cassation italienne n'ait pas retenu l'immunité de l'Etat — à savoir l'exception délictuelle et l'exception de *forum necessitatis* — étaient totalement dépourvus de fondement. Nos éminents collègues italiens ont, respectivement, tenté de contrer les arguments que j'ai présentés sur chacun de ces deux points. Leurs tentatives étaient, l'une comme l'autre, vouées à l'échec.

#### A. L'EXCEPTION DÉLICTELLE

2. Je commencerai par l'exception délictuelle. Permettez-moi tout d'abord, Mesdames et Messieurs de la Cour, de dissiper un malentendu qui s'est fait jour dans l'esprit de notre contradicteur, quoique certainement pas dans le vôtre. M. Palchetti croit avoir décelé une contradiction entre mon exposé, celui de M. Tomuschat et celui de Mme Wasum-Rainer en ce qui concerne l'article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité des Etats. Or, il n'y a aucune contradiction. M. Tomuschat a dit que la convention des Nations Unies reflétait «d'une manière générale» le droit international coutumier ; Mme Wasum-Rainer a parlé d'une «interprétation exacte du droit coutumier, tel qu'il est exprimé à l'article 12», suggérant cependant de toute évidence que, comme je l'ai démontré, l'interprétation exacte était que les activités des forces armées étrangères sont exclues du champ d'application de cet article. Il est vrai que j'ai émis quelques doutes quant à la question de savoir si l'article 12 reflétait avec précision la pratique des Etats telle qu'elle existait à l'époque de son adoption et, ajouterai-je, telle qu'elle existe aujourd'hui, puisque la Commission du droit international n'a pas clairement indiqué que le dépassement de la distinction entre activités *jure gestionis* et activités *jure imperii* en la matière constituait un élément du développement progressif du droit international. Les arguments que

M. Palchetti vous a présentés quant à la portée de l'exception délictuelle me conduisent à émettre un second doute, que vous jugerez peut-être pertinent, et qui a trait au fait que, en vertu de l'article 12 de la convention des Nations Unies, les activités en question doivent avoir eu lieu «en totalité ou en partie» sur le territoire de l'Etat du for.

3. Vous observerez que l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats indique que les faits ayant occasionné un préjudice corporel ou matériel doivent être «survenu[s] sur le territoire de l'Etat du for». Par ailleurs, les règles pertinentes contenues dans les législations nationales dont la Commission du droit international s'est inspirée pour rédiger l'article 12, qu'il s'agisse du paragraphe 5 de l'article 1605 du Foreign States Immunity Act des Etats-Unis de 1976 ou de l'article 5 du State Immunity Act du Royaume-Uni de 1978, se contentent d'indiquer que le fait préjudiciable doit s'être produit sur le territoire de l'Etat en question, sans préciser qu'il doit s'y être produit en tout ou en partie. Ces deux dispositions ont néanmoins toujours été interprétées par les juridictions nationales comme exigeant que le comportement préjudiciable se soit produit en totalité sur le territoire de l'Etat du for. Or, si tel est effectivement l'état actuel du droit international coutumier en ce qui concerne l'exception délictuelle, cela exclurait alors la plupart des affaires tranchées à ce jour par la Cour de cassation italienne, non seulement toutes celles qui ont trait aux internés militaires italiens, mais aussi l'affaire *Ferrini*.

4. Les conseils de l'Italie ont généreusement concédé que l'exception délictuelle ne s'appliquait pas lorsque l'activité en cause s'était intégralement déroulée en dehors de l'Etat du for, comme c'est le cas des affaires italiennes concernant des soldats italiens capturés par la *Wehrmacht* à l'étranger, par exemple en Grèce, et conduits ensuite en Allemagne. Malheureusement, la Cour de cassation italienne semble avoir été d'un autre avis, puisqu'elle a, dans l'une des onze ordonnances qu'elle a rendues le 29 mai 2008, repris la formule habituelle de compétence universelle en matière civile pour ce qui concerne l'exception délictuelle à l'égard d'un certain M. Sciacqua, lequel avait effectivement été capturé en 1943 à Céphalonie, en Grèce, avant d'être conduit en Allemagne.

5. En réalité, ce n'est que dans son récent arrêt du 20 mai 2011 en l'affaire *Repubblica Federale di Germania c. Autogestione prefettizia di Voiotia* (Cour de cassation, première chambre civile, n° 11163/11) que la première chambre civile de la Cour de cassation italienne, consciente de

32

l'impasse dans laquelle s'étaient mises les chambres réunies, s'est écartée de la notion de compétence universelle en matière civile pour emprunter résolument la voie de l'exception délictuelle. Comme je l'ai indiqué dans mon premier exposé, l'enthousiasme dont avait fait preuve la Cour de cassation en faisant sienne la notion de compétence universelle en matière civile dans l'arrêt *Ferrini* n'était, ainsi qu'elle l'a d'ailleurs elle-même clairement affirmé, que la conséquence logique — d'aucuns n'hésiteraient pas à dire par trop logique — de la structure même de l'ensemble de son raisonnement fondé sur la primauté du *jus cogens*. Comme vous vous en souviendrez, son idée centrale, ou plutôt sa seule démonstration du prétendu bien-fondé *de lege lata* de sa position consistait à affirmer — selon nous, de manière totalement erronée — qu'existait un parallèle entre l'absence d'immunité pénale de l'individu à raison de la commission d'un crime contre l'humanité et l'absence d'immunité de l'Etat en matière civile ; d'où l'assimilation de la compétence universelle en matière pénale et en matière civile. Or, il est impossible d'effacer une partie d'un portrait — par exemple le nez, même dans une peinture de Picasso de la période cubiste —, sans défigurer le tout.

6. L'abandon tardif et maladroit de la thèse de la compétence universelle au profit de celle de l'exception délictuelle fleure bon l'obédience à un changement de stratégie coordonné et orchestré, dans une tentative désespérée de rompre le splendide isolement de la Cour de cassation qui, avec le temps, devient de plus en plus embarrassant. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, vous avez-vous-mêmes été témoins de cette stratégie mardi — mais certainement sans vous laisser prendre —, lorsque M. Palchetti a déclaré que «[n]ous nous trouv[i]ons au point de convergence de deux tendances différentes», laissant entendre que l'exception délictuelle allait de pair avec la possibilité de restreindre l'immunité dans le cas de violations graves du *jus cogens* (CR 2011/18, p. 45, par. 20). C'est pourquoi, dans sa très récente décision du 20 mai 2011, la première chambre de la Cour de cassation a placé ses derniers espoirs dans l'ancienne Chambre des lords. Dans la décision *Jones* de 2006, lord Bingham, tout en balayant la décision *Ferrini* d'une formule heureuse et cinglante — «une hirondelle ne fait pas une règle de droit international» —, avait en effet, par politesse, complété son propos par l'*obiter dictum* suivant : «il se peut, nonobstant la conclusion contraire de la cour, que la décision ait été influencée par le fait que le comportement illicite se soit pour partie produit sur le territoire de l'Etat du for» [*traduction du*

*Greffe*]. Ce qui a, semble-t-il, suffi à la Cour de cassation italienne pour déclarer avec assurance : «A ce stade, nous pouvons déjà conclure que, si l'on tient compte du principe limitatif du *locus commissi delicti*, l'arrêt *Ferrini* ne s'écarte nullement de la jurisprudence internationale.» (Par. 33 de l'arrêt.) [*Traduction du Greffe.*]

33

7. Face à cet *obiter dictum*, la Cour de cassation se prend à rêver. La solution de l'affaire *Jones* aurait été très différente, nous informe-t-elle, si les événements s'étaient produits au Royaume-Uni, étant donné la clause d'exception délictuelle figurant à l'article 5 de la loi du Royaume-Uni sur l'immunité des Etats. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, permettez-moi d'exprimer ce que la plupart d'entre vous sont probablement en train de penser en ce moment : on a l'impression d'entendre un passant effrayé qui siffle pour se donner du courage dans une rue déserte en plein milieu de la nuit et non un promeneur qui siffle joyeusement par un matin de printemps ensoleillé. En fait, ce qu'apparemment la Cour de cassation ignore est que le Royaume-Uni, malheureusement, a ratifié la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, et que le paragraphe 2 de l'article 16 de la loi du Royaume-Uni sur l'immunité des Etats stipule expressément : «[l]a présente section de la présente loi ne s'applique pas aux procédures relatives à tout acte accompli par ou en relation avec les forces armées d'un Etat alors qu'elles étaient présentes au Royaume-Uni» [*traduction du Greffe*], avec pour conséquence que des décisions comme l'arrêt *Ferrini* et toutes les décisions ultérieures seraient manifestement inconcevables au Royaume-Uni.

8. Ces dernières observations m'amènent à la partie de l'exposé du conseil de l'Italie consacrée à la portée de la clause «sans préjudice» qui figure à l'article 31 de la convention européenne sur l'immunité des Etats. Le seul adjectif qui me vient à l'esprit est, en toute franchise, «extravagant». Mon distingué collègue voudrait en effet vous faire croire que «[s]on 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.» Et il pense que cette thèse est étayée par le texte du rapport explicatif relatif à la convention concernant l'article 31. Or, cette affirmation de notre estimé collègue est à la fois fallacieuse et erronée. Pourquoi fallacieuse ? Parce que le paragraphe 116 du rapport explicatif de la convention européenne sur l'immunité des Etats est libellé comme suit — permettez-moi de le citer assez longuement :

«La convention *ne vise pas* à régir les situations pouvant survenir en cas de conflit armé ; elle *ne peut non plus* être invoquée pour résoudre des problèmes pouvant survenir entre Etats alliés en raison de la présence de forces armées. Ces problèmes font l'objet d'accords spéciaux.» (Les italiques sont de moi.) [Traduction du Greffe.]

34

Et pourquoi erronée ? Parce que, si l'on se reporte à ces accords spéciaux concernant les forces à l'étranger — les «accords sur le statut des forces» — notre position, à savoir qu'un Etat du for n'a pas compétence pour connaître des activités de forces armées étrangères, s'en trouve exactement confirmée. Cette règle générale, telle qu'exprimée dans l'accord type sur le statut des forces des opérations de maintien de la paix de l'ONU adopté en octobre 1990 (doc. A/45/594), est celle de la compétence exclusive de l'Etat d'envoi (art. VI, par. 46, 47 *b*) et 48) ou, comme dans le cas de l'accord de Londres de 1951 sur le statut des forces de l'OTAN, celle de la juridiction concurrente, la priorité étant toutefois donnée à l'Etat d'origine.

9. A cela le défendeur objecterait que ces accords spéciaux sont conclus entre alliés, ou qu'ils concernent des missions de maintien de la paix, et qu'en conséquence la solution serait différente s'agissant de situations survenant en cas de conflit armé. Mais c'est exactement là que le droit international coutumier intervient. Le défendeur essaie d'emporter la conviction en soutenant que la bonne manière de poser la question serait de demander «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», et il en arrive très rapidement à la conclusion que le droit international n'impose pas une telle obligation, en raison de la formulation de l'article 12 (CR 2011/18, p. 42, par. 12 (Palchetti)). Il s'agit là d'une manière bien particulière non pas de poser, mais d'éluder la question. Le défendeur semble oublier, et oublier totalement, la règle fondamentale de la convention des Nations Unies, qui figure à l'article 5, le tout premier article de la deuxième partie, relative aux principes généraux, et qui stipule :

«Un Etat jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat, sous réserve des dispositions de la présente Convention.»

Cet article ne pourrait être plus clair : l'immunité de l'Etat demeure la règle, la non-immunité est l'exception, et elle doit être dûment prouvée. Et lorsqu'on en arrive aux faits indéniables de la pratique des Etats, il n'est pas surprenant que le défendeur ne cite aucune décision, naturellement à l'exception maintenant éternelle de l'affaire grecque *Distomo* et de la jurisprudence italienne

*Ferrini*, dans le cadre desquelles les tribunaux de l'Etat du for n'ont pas dûment reconnu l'immunité de l'Etat étranger pour les activités de ses forces armées, soit s'agissant d'événements isolés soit, *a fortiori*, de conflits armés complexes. La raison de cette absence totale de pratique à l'appui de la thèse italienne est simple et évidente, et certains d'entre vous pourraient commencer à se lasser de me l'entendre répéter : les règlements au sortir d'un conflit relèvent des relations interétatiques, non des individus et de leur juge interne.

35 10. Le conseil de l'Italie a mentionné à la hâte deux décisions récentes, une rendue le 25 janvier 2011 par la Cour supérieure de la province de Québec dans l'affaire *Kazemi (Estate of) c. République islamique d'Iran* (2011, *QCCS*, 196), l'autre le 9 mars 2011 par la première chambre civile de la Cour de cassation française dans l'affaire *GIE La Réunion Aérienne c. Jamahiriya Libyenne* (09-14743) (CR 2011/18, p. 40, par 7 (Palchetti)). De fait, la simple mention de la première de ces deux décisions est totalement trompeuse, et pas seulement parce qu'elle concerne le cas individuel de la charte. Dans l'affaire canadienne, le plaignant, M. Hashemi, avait intenté une action au nom de la succession de sa mère, décédée, et se plaignait en outre du traumatisme psychologique dont il avait personnellement souffert au Canada lorsqu'il a été informé de l'arrestation, du placement en détention, de la torture et enfin du décès de sa mère en détention en Iran. La Cour supérieure n'a pas entendu s'écarter du tout de la décision *Bouzari* de la cour d'appel de l'Ontario de 2004, et elle a même cité les décisions *Al-Adsani* et *Jones*. Elle a donc rejeté la demande formée au nom de la succession. Par contre, elle n'a pas rejeté la demande formée par M. Hashemi en réparation de son préjudice personnel, et elle a appliqué l'exception délictuelle telle que celle-ci est formulée à l'article 6 de la loi canadienne de 1985 sur l'immunité des Etats. Cependant, ce qui est remarquable dans cette loi est qu'elle s'écarte d'autres lois internes dans la mesure où elle n'exige pas comme condition préalable que l'auteur du comportement ayant causé le dommage ait été présent sur le territoire canadien lorsque les faits se sont produits. Dans ces conditions, il est bien curieux de mentionner cette affaire comme attestant une nouvelle tendance à dénier l'immunité aux Etats étrangers, soit au titre de l'exception délictuelle soit, comme le fait le conseil de l'Italie, au titre d'une violation du *jus cogens*. S'agissant de la décision française, qui a d'ailleurs rejeté le pourvoi, elle concernait, comme nous l'a dit M. Tomuschat, la responsabilité «morale» d'un Etat découlant de son appui éventuel à des

activités terroristes. En conclusion, il reste qu'aucune de ces affaires n'avait quoi que ce soit à voir avec des crimes liés à des conflits armés.

Je vois, Monsieur le président, qu'il est déjà 11 h 20 et je termine la première partie de mon exposé. C'est peut-être le moment de faire une pause, si vous le souhaitez.

Le PRESIDENT : Combien de temps vous faut-il pour conclure ?

M. GATTINI : Environ 20 minutes.

Le PRESIDENT : 20 minutes. Je vous remercie M. Gattini. Comme l'a suggéré M. Gattini, nous allons faire une pause maintenant. Une pause de 15 minutes jusqu'à 11 h 35.

36

*L'audience est suspendue de 11 h 25 à 11 h 40.*

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience reprend. Je n'ai pas besoin de vous rappeler que le temps de parole de l'Allemagne pendant ce second tour de plaidoiries est de deux heures et demie. Monsieur Gattini, vous avez la parole.

### **B. FORUM NECESSITATIS**

11. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, j'en viens maintenant à l'argument du *forum necessitatis*, que le défendeur fonde sur un prétendu déni de justice subi par des ressortissants italiens en Allemagne. Dans mon premier exposé, j'ai démontré que la thèse du défendeur reposait sur une hypothèse erronée — l'existence d'un droit individuel à réparation pour dommages de guerre puis d'un droit d'action individuel — ainsi que sur une interprétation erronée du concept même de déni de justice. M. Tomuschat a une fois de plus rétabli la vérité en ce qui concerne ces deux points essentiels, je ne répéterai donc pas notre argumentation une troisième fois. Certains des arguments avancés par M. Zappalà méritent néanmoins d'être examinés de près et réfutés.

#### **1. La renonciation aux réclamations contre l'Allemagne consentie par l'Italie au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix avec celle-ci**

12. Comme nous l'avons entendu, M. Zappalà a en effet consacré l'essentiel de son exposé à démontrer que l'Italie, au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, n'avait renoncé, au

nom de ses ressortissants, à aucun droit en cas d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne. En réalité, au vu du libellé très clair de votre ordonnance du 6 juillet 2010, rejetant la demande reconventionnelle de l'Italie comme ne relevant pas de votre compétence, on pourrait supposer que l'ensemble de la question des règlements d'après-guerre n'aurait pas dû se poser dans la présente affaire. Apparemment, le défendeur était d'un avis différent et les plaidoiries de M. Zappalà sur cette question nous obligent à présent — vous venez d'entendre M. Tomuschat et c'est maintenant à mon tour — à consacrer du temps à remettre les choses à leur place.

37

13. Le texte du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix est d'une limpidité telle que l'on pourrait même employer le vieil adage : «*in claris non fit interpretatio*». Le défendeur a, au contraire, déployé toute la finesse herméneutique imaginable pour faire dire à cette disposition exactement le contraire de ce qu'elle dit manifestement. Lisons-la à nouveau :

«Sans préjudice de ces dispositions [c'est-à-dire les dispositions énoncées aux trois paragraphes précédents] et de toutes autres qui seraient prises en faveur de l'Italie et des ressortissants italiens par les Puissances occupant l'Allemagne, l'Italie renonce en son nom *et au nom des ressortissants italiens*, à toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands, qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945.»  
(Les italiques sont de nous.)

Cette disposition précise encore que «cette renonciation sera considérée comme s'appliquant aux créances, à toutes les réclamations de caractère intergouvernemental relatives à des accords conclus au cours de la guerre et à *toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre*» (les italiques sont de nous). «Au nom des ressortissants italiens», «toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre» : les termes ne pourraient être plus clairs.

14. Cela n'empêche pas le défendeur de chercher à concocter une argumentation à partir d'une collection hétéroclite de notions *a priori* et de moyens d'interprétation douteux.

15. Les notions *a priori* ne sont qu'une variation de son antienne bien connue sur l'existence, en droit international, d'un droit individuel à réparation de caractère impératif. Il prétend que, comme cela était déjà le cas en 1947, un Etat n'aurait pas pu valablement renoncer aux droits de ses nationaux. Je n'ai pas lieu de m'appesantir sur cet argument. Il me suffit de dire que si le droit international a énormément évolué au cours des soixante-cinq dernières années, la situation était assurément différente après la seconde guerre mondiale. Il n'y a pas le moindre élément — que ce

soit dans la pratique des Etats, la jurisprudence ou la doctrine — attestant qu'il existait à l'époque un droit individuel à réparation, encore moins un droit impératif.

16. Soit dit en passant, si l'argumentation de l'Italie avait le moindre fondement, une interprétation contextuelle, telle que celle à laquelle elle prétend s'être livrée (DI, par. 3.9-3.11), nous amènerait inévitablement à remettre en question la légitimité de sa renonciation contenue à l'article 76 également vis-à-vis des puissances alliées. Voilà qui serait un curieux dénouement de l'affaire.

17. Mais les moyens d'interprétation douteux utilisés par le défendeur sont encore plus inquiétants que son recours à des notions *a priori*. Sans voir la contradiction inhérente à son argument, il a attiré votre attention sur les termes généraux de l'article 76 de ce traité afin de vous persuader que l'article 77, qui est plus succinct, doit être interprété de façon plus restrictive. Le défendeur relève notamment les expressions «créances» et «toutes les réclamations de caractère intergouvernemental relatives à des accords conclus au cours de la guerre» pour démontrer que l'intention des parties était de désigner «uniquement les relations économiques» (CMI, par. 5.49 ; DI, par. 3.9, CR 2011/18, p. 27, par. 8 (Zappalà)), laissant en suspens la question tout autre des réclamations individuelles en cas d'atteinte à l'intégrité physique.

38

18. On ne sait pas très bien si le défendeur vous propose une interprétation «contextuelle» particulière, différente de celle envisagée au paragraphe 2 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ou s'il se réfugie purement et simplement dans la maxime d'interprétation *in dubio mitius*, abandonnée depuis longtemps, et *a priori* restrictive en ce qui concerne les obligations des Etats. Cette seconde approche aurait peut-être ses chances dans le cadre d'une interprétation intertemporelle du traité. La question de l'interprétation intertemporelle n'a toutefois aucune importance en l'espèce dès lors que l'on s'en tient au principe fondamental d'interprétation consacré par l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, celui de la bonne foi.

19. Un bref examen des documents de la conférence de paix montre clairement que lorsque le projet de texte du futur article 77 a été présenté au Gouvernement italien, celui-ci a milité pour que divers types de réclamations soient pris en considération mais n'a rien dit d'éventuelles réclamations à raison d'atteintes à l'intégrité physique de ses nationaux.

20. Le Gouvernement italien n'a insisté que sur trois types de réclamations «afin de parvenir à une solution plus équitable».

21. D'une part, les puissances alliées et associées ont pris en compte la première réclamation de l'Italie, qui a donné naissance au paragraphe 2 de l'article 77, aux termes duquel les biens identifiables de l'Etat et des ressortissants italiens que les forces armées ou les autorités allemandes avaient enlevés, par force ou par contrainte, du territoire italien et emportés en Allemagne après le 3 septembre 1943, donneraient lieu à restitution. Elles ont en revanche rejeté les deux autres réclamations.

22. Cela explique clairement pourquoi le paragraphe 4 de l'article 77 spécifiait que la renonciation s'appliquait aux «créances» et aux «réclamations de caractère intergouvernemental relatives à des accords conclus au cours de la guerre». Loin de restreindre la portée de la renonciation italienne, le texte implique clairement qu'il s'agissait des deux seuls points de divergence que les parties devaient clarifier.

**39**

23. En conclusion, il ressort des travaux préparatoires de l'article 77 que l'Italie a eu la possibilité de donner son avis sur le projet d'article et que certains de ses points de vue ont été pris en compte. Ce serait à présent faire preuve d'un manque de bonne foi manifeste que de déduire que le libellé de ce paragraphe exclut implicitement les atteintes à l'intégrité physique des personnes du champ d'application de la renonciation italienne, quand l'Italie n'avait fait aucune demande à cet effet. L'expression «toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre», qui se rapportait aux ressortissants italiens, est peut-être plus succincte que celle employée à l'article 76, mais son exhaustivité est indubitable.

24. Outre l'intention claire du Gouvernement italien de l'époque, la règle selon laquelle un traité doit être interprété à la lumière de «son objet et de son but» réfute totalement la thèse du défendeur. Les articles 76 et 77 composent la section III (Abandon de réclamations par l'Italie) de la partie VI du traité de paix (Réclamations nées de la guerre) qui figure dans votre dossier. Mais cette partie comprend deux autres sections, la section I, sur les réparations, et la section II, sur les restitutions. Ces articles sont complémentaires et doivent être lus à la lumière des dispositions de la partie VII sur les biens, les droits et les intérêts si l'on veut avoir une vue d'ensemble de l'accord de paix en ce qui concerne les réparations de guerre au sens large.

25. Ces dispositions sont le résultat de négociations intensives entre les puissances alliées qui ont abouti à un équilibre fragile mais néanmoins acceptable dans l'ensemble. L'Union soviétique et les autres Etats ont insisté pour obtenir des réparations pécuniaires d'un montant de 360 millions de dollars des Etats-Unis en sus de la saisie ou de la liquidation des biens, droits et intérêts appartenant à l'Italie ou à des Italiens et se trouvant sous leurs juridictions respectives. Les principales puissances alliées et associées se sont au contraire contentées de ce dernier type de mesures pour satisfaire leurs réclamations. En contrepartie, l'Italie a dû renoncer à toutes ses réclamations contre non seulement celles-ci mais aussi son ancien allié, l'Allemagne, qui était à l'époque administrée par les quatre puissances alliées.

40

26. La pratique ultérieure de l'Italie, que le défendeur a commodément passé totalement sous silence, est encore plus significative. Chaque fois que la juridiction italienne suprême a eu à interpréter le paragraphe 4 de l'article 77 et ce jusqu'au renversement de jurisprudence effectué par sa première chambre criminelle en octobre 2008 en l'affaire *Josef Milde*, elle a invariablement jugé qu'en raison de la renonciation de l'Italie, les tribunaux italiens n'étaient absolument pas compétents pour connaître des actions individuelles intentées contre l'Allemagne à raison de faits survenus pendant la guerre. Il suffit de rappeler le précédent *Società Ilva c. Cavinato* (Cour de cassation italienne, chambres réunies, arrêt n° 285 du 22 février 1953) que le principal recueil de la pratique italienne en matière de droit international cite parmi les exemples classiques d'incompétence.

27. Consciente de l'impossibilité de remettre en question l'exhaustivité sans équivoque de sa renonciation, l'Italie use d'un dernier argument. Elle prétend que cette renonciation ne saurait être considérée comme une stipulation en faveur de l'Allemagne mais uniquement en faveur des puissances alliées. Dans la pratique, cet argument revient à tenter de nier que le paragraphe 4 de l'article 77 a le caractère d'une disposition en faveur d'un Etat tiers.

28. Malheureusement, il semble que le défendeur confonde l'effet juridique d'une norme et la raison d'être de son adoption. Quelle qu'ait été l'intention des puissances alliées, l'Allemagne était, et reste, en droit le bénéficiaire incontestable de la renonciation. Pour réfuter la thèse italienne, il suffit de noter que la Commission du droit international, dans son commentaire sur le projet d'article 32, à présent l'article 36 de la convention de Vienne sur le droit des traités, n'avait

aucun doute puisqu'elle a choisi précisément les renonciations contenues dans les traités de paix de 1947 comme exemple type de dispositions prévoyant des droits pour une tierce partie.

29. Dans l'arrêt rendu en 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, la Cour a jugé que le caractère obligatoire des déclarations unilatérales reposait sur le principe de la bonne foi, ajoutant que «[l]es Etats intéressés pouv[aient] donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles ; ils [étaient] fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 268, par. 46.) Cela doit *a fortiori* s'appliquer aux Etats tiers bénéficiaires d'obligations conventionnelles, qui, comme l'Allemagne en la présente espèce, tablent de bonne foi sur les avantages qui leur ont été accordés.

## **2. L'abus de droit comme une quatrième base possible pour une juridiction de nécessité ?**

30. Cette observation sur la bonne foi m'amène à me pencher brièvement sur un dernier point. Dans son introduction, M. Condorelli a, avec sa clarté et sa concision habituelles, énuméré en quatre points les raisons pour lesquelles le défendeur est d'avis que la compétence que la justice italienne se reconnaît peut et, de fait, doit être justifiée par des circonstances exceptionnelles : atrocité des crimes commis, reconnaissance par l'Etat fautif de sa responsabilité, absence de réparation aux victimes, tribunaux nationaux comme seul moyen de recours disponible. Tous les conseils qui se sont adressés à la Cour mardi ont entonné le même refrain. Nous avons beaucoup entendu parler des premier, troisième et quatrième points. Curieusement, le défendeur ne nous a rien dit au sujet du deuxième point, la reconnaissance de sa responsabilité par l'Allemagne. En fait, chacun sait que la République fédérale d'Allemagne n'a jamais nié sa responsabilité quant aux activités du III<sup>e</sup> Reich et n'a jamais tenté de se soustraire à ce lourd fardeau. Mais comme nous l'avons entendu, l'Italie soutient maintenant que l'Allemagne ne s'est pas acquittée de ses obligations à l'égard des citoyens italiens, et qu'elle ne l'a toujours pas fait, s'abritant derrière le «privilege injuste» de l'immunité de l'Etat pour reprendre la terminologie choisie par le défendeur dans son contre-mémoire.

41

31. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, dans ma première plaidoirie il y a trois jours, en tentant de trouver la raison d'être de la «compétence de substitution» avancée par la Partie italienne, j'ai mentionné trois notions possibles, celle de contre-mesures, celle de

nécessité, celle d'un droit individuel à réparation en tant que tel, et je les ai toutes écartées. Quelques allusions discrètes mais néanmoins préoccupantes dans le contre-mémoire et la réplique de l'Italie (CMI, par. 4.69 ; 4.109-4.110) m'ont fait penser à une quatrième notion, celle d'abus de droit, mais elle m'a paru si extravagante que j'ai préféré l'écarter aussi. Le défendeur a accusé l'Allemagne «d'utiliser» son immunité «dans le but de se soustraire à sa responsabilité» (CMI, par. 4.67), comme moyen de s'«exonérer des conséquences de ses faits illicites» (CMI, par. 4.113), ou de s'abriter derrière un «privilège injuste» (CMI, par. 4.22). J'espère que nos distingués collègues ne manqueront pas de considération au point d'avancer la notion d'abus de droit dans le présent différend. Et s'ils le faisaient, je suis convaincu que vous vous opposeriez fermement à toute tentative de déformer la réalité de façon aussi grotesque. Malgré toute son habileté, le défendeur ne parviendra pas à vous faire croire que l'Allemagne d'après-guerre ne s'est pas acquittée de ses responsabilités.

32. Je tiens néanmoins à ce que notre position sur ce point soit extrêmement claire. La notion d'abus de droit a de nobles origines en tant qu'expression de principes généraux de droit, dont celui voulant que nul ne puisse tirer avantage de ses propres fautes. A première vue, elle pourrait même paraître séduisante dans des affaires comme celle qui nous occupe dans laquelle l'Etat privé de son immunité ne nie pas le caractère délictuel des actes qui lui sont attribués. Mais comme toutes celles que le défendeur a déjà avancées, cette théorie échouerait elle aussi lamentablement.

**42**

33. On ne peut que souscrire à ce que sir Hersch Lauterpacht a écrit à la fin des années 1950 : «la notion d'abus de droit place un pouvoir considérable, qui n'est pas dénué de caractère législatif, aux mains d'un tribunal de justice»<sup>6</sup>. Et sir Hersch de conclure, «la notion d'abus de droit est un instrument qui, outre d'autres raisons militant pour la prudence dans l'administration de la justice internationale, doit être utilisé avec une modération calculée».

34. Vous savez sans doute que cette doctrine, qui a été élaborée dans les années 1920 et 1930 du siècle dernier, et qui a trouvé quelque appui dans la jurisprudence de votre devancière, n'était adaptée qu'aux «droits exclusifs» de la juridiction des Etats. Cette restriction obéit à une logique

---

<sup>6</sup> Lauterpacht, *The development of International law by the International Court*, Londres, 1958, p. 164.

profonde. A une époque, comme la première moitié du siècle dernier, où les Etats jouissaient d'un vaste domaine réservé dans lequel ils étaient considérés comme libres de toute contrainte liée au droit international, la doctrine de l'abus de droit a été conçue comme l'*Ersatz* d'une obligation juridique encore inexistante. Ce fut la même Cour permanente, puis cette Cour, en particulier, qui sont parvenues progressivement à réduire la portée du domaine réservé et, partant, la nécessité de la notion d'abus de droit. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, vous comprendrez immédiatement que parler d'un abus de droit en la présente espèce serait littéralement déplacé dans cette grande salle de justice. La question dont vous êtes saisis, l'immunité de l'Etat, ne relève manifestement pas du domaine réservé d'un Etat, elle est au cœur même des normes coutumières internationales qui réglementent et assurent les relations pacifiques entre les Etats.

35. Pour prouver pareil abus de droit, le défendeur devrait démontrer que, premièrement, l'Allemagne a une obligation de réparation à l'égard des citoyens italiens et, deuxièmement, qu'elle n'agit pas de bonne foi. Lundi et aujourd'hui de nouveau, nous avons montré pourquoi la première partie de l'argument ne tenait pas, tant sur le plan des principes que sur celui des faits. La position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande concernant l'absence d'un droit individuel à réparation concorde avec la jurisprudence de la quasi-totalité des instances judiciaires dans le monde, et le Gouvernement allemand a la ferme conviction que, de toute façon, l'Italie a renoncé à toutes ses revendications envers l'Allemagne, pour elle-même et au nom de ses citoyens, dans le traité de paix de 1947. L'Italie le contestera peut-être, mais tout ce que l'on peut dire à cet égard, c'est que le point de vue allemand peut être erroné, certainement pas qu'il est arbitraire, pour toutes les raisons exposées ce matin.

43

36. Monsieur le président, cela conclut mes observations. Puis-je vous demander de donner la parole à M. Robert Kolb.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Andrea Gattini pour son exposé. J'invite à présent M. Robert Kolb à prendre la parole.

Mr. KOLB:

1. Mr. President, Members of the Court, these are the aspects that I should like to address today. First, the provisions of international humanitarian law and their impact on the alleged right

to individual reparation. Next, the eternal question of *jus cogens*, which is surely going to haunt me, if not actively hound me, forever. I will add a few brief observations on the idea of complicity in perpetuating an internationally wrongful act, which our opponents have suddenly produced out of nowhere. Finally, I shall conclude for today with a special item, which I will tell you about in a moment. So, those will be the main points of my statement.

2. Before I make a start, I would like to remind you that the outcome of this case revolves solely around the jurisdictional immunity which Germany enjoys, and inter-temporal law which prohibits retroactivity. Italy's counsel have been so conscious of this that they have tried to deflect attention away from these crucial aspects. We are quite happy to answer their arguments, but we do not want the discussion of these secondary aspects to obstruct or cloud your view, which must remain firmly focused on the central issue in our dispute.

#### **A. THE PROVISIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW**

3. Whether we look at this issue from the point of view of existing law or from the point of view of emerging trends, the conclusion has to be the same: that there is no rule which imposes a duty to provide individual reparation (and which prevails over immunity), and that there is still considerable reluctance to accept such a rule for the future. These are two important propositions.

**44**

#### **I. Existing law**

##### **1. Article 3 of the Hague Convention of 1907**

4. In its Counter-Memorial (para. 5.7 *et seq.*), Italy developed the principle of effective reparation for serious violations of international humanitarian law, adding that it was non-derogable in nature. The view it presents of the traditional régime as set out in Article 3 of the Fourth Hague Convention of 1907 is rather surprising, considering that Italy has some eminent specialists in this field. I say surprising because its description is so obviously anachronistic. Our opponents must be aware that Article 3 was a bold innovation at the time when it was incorporated into the Fourth Convention, and in any event confined itself solely to relations between States. Indeed, it was only able to be adopted because it said nothing that might disrupt States' internal affairs, for instance that compensation "must reach the individual victims and be satisfactory" (Italy's Counter-Memorial, para. 5.10). Who should receive the compensation was not a matter for

the Convention at the time, but an internal question. This is all familiar ground, so there is no point in quoting lists of citations and authorities here. I am also surprised at the argument that Article 3 “amounts to an application to IHL of the broader principle of State responsibility under general international law”. Our opponents are well aware that in 1899 and 1907 the law on the international responsibility of States was still at a very embryonic stage. Dionisio Anzilotti had just written a key pioneering work on the subject, published in Florence in 1902. August Heffter even wrote four or five pages in the nineteenth century comparing the subject with certain principles of the *lex Aquilia* in Roman law! How could Article 3 refer to a body of rules on State responsibility that was still largely non-existent? In actual fact it was the Commentary to Article 91 of Additional Protocol I of 1977 which linked Article 3 with responsibility to individuals. But 1977 is not the same as 1907: they are separated by a seven, and that seven is crucial. Unfortunately, the legal analysis throughout this section of the Counter-Memorial is characterized by the same rather cavalier attitude.

45

## **2. Articles 51, 52, 131 and 148 of the Geneva Conventions of 1949**

5. Italy cites Articles 51, 52, 131 and 148 of the 1949 Geneva Conventions I-IV, and reproduces the text in the documents it has submitted. For information, these are provisions dealing with State liability. They all refer back to the previous article: “in respect of breaches referred to in the preceding Article”. So what are those breaches? They are “grave breaches” of the Geneva Conventions. I would point out in passing that these “grave breaches” did not exist before 1949. They were a new category of “conventional” war crimes, as it were. However, the acts in question in the present case date from before 1949. Are the provisions mentioned to be applied retroactively? Article 28 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties eliminates any possible doubt on this question. What is more, the “grave breaches” were also not a codification of customary law. The ICRC’s Commentary to the Geneva Conventions clearly states that the four provisions referred to are new: “This is an entirely new Article . . .”, it says (Commentary to Convention I, Geneva, 1952, p. 373, and similarly in the other Commentaries). This could hardly be any clearer: an *entirely* new article. What is more, Germany was not relieved of all liability. On the contrary, it provided a huge range of reparations.

### 3. Articles 6, 6, 6 and 7 of the 1949 Geneva Conventions

46 6. Italy then reminds us of the non-derogable nature of the provisions of international humanitarian law, as provided for in Articles 6, 6, 6 and 7 of Geneva Conventions I-IV. I will not bring up the argument about retroactivity again, because this time I do not even wish to raise it. The problem lies elsewhere, and is even more fundamental. The Conventions do not provide for a right to individual compensation. They merely provide for a connection between one State and another: the State seeks reparation for the damage suffered, precisely because individuals cannot do so directly. The ICRC Commentary I referred to earlier is very explicit on the subject. There is therefore no basis for claiming that there is a duty not to derogate. In actual fact, the common Article 6, 6, 6 and 7 concerns the forms of protection, particularly humanitarian protection, recognized in the Conventions which may not be restricted by special agreements, or, as the provision which comes immediately afterwards in the Conventions shows, by being voluntarily renounced by the persons protected. The common article does not concern *post bellum* reparations, a subject over which States have always maintained control and a certain discretion. The main concern and material scope of the Conventions is *jus in bello*; they do not relate to the law of peace or *jus post bellum*, which is also a form of *jus pacis*. They make an exception for situations where armed conflict is prolonged, in a way, because prisoners are still being held or territories occupied.

7. Finally, I would remind the Court that while everything we have just said might well be true, the question of jurisdictional immunity never goes away. International humanitarian law does not “derogate” from the immunity of States before the courts of one of their peers. Essentially, the whole question of the derogability of “personal humanitarian rights” serves no real purpose and is not really relevant. Perhaps we should have said nothing about it, but we felt it was useful to provide the Court with some insight on the subject.

## II. Emerging trends

8. Might we be challenged about recent trends which are finally tending to take the side of individuals against the State, previously so idolized, flattered and protected? Let us take a closer look at this aspect. Of these recent trends, the work of the International Law Association (ILA), which certainly cannot be labelled particularly conservative, is undoubtedly typical. As you know, for the last few years the International Law Association, under the leadership of

47

Professors N. Ronzitti, R. Hofmann and S. Furuya, has been working on the issue of “Reparation for Victims of Armed Conflict”. I will not bore the Court by quoting extensively from this work, excellent though it may be. What conclusions does it reach, in essence, on the issue that concerns us in the present case? The crucial point is what is not there, and it is much more than just a gap: the International Law Association does not propose *de lege ferenda* an individual right to complain to the courts, much less an individual right to complain to the courts accompanied by a universal civil jurisdiction, nor does it recognize such a right *de lege lata*. Its resolution No. 2/2010 containing a “Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict” essentially requires only that responsible parties make every effort to give effect to the rights of victims to reparation (Article 11, paragraph 1); it immediately adds that programmes and institutions shall facilitate access to reparation (Article 11, paragraph 2). As the commentary to this article makes clear, in the minds of the draftsmen, “programmes and institutions” means the adoption of new, special procedures suited to the particular post-conflict situation. It is implicitly recognized that the courts are not the most appropriate bodies to deal with this, otherwise they would have been mentioned or even recommended. There is more. Despite the fact that the declaration is hardly revolutionary, Article 15, paragraph 1, adds, *ex abundante cautela*, that the “rights and obligations reflected in the present Declaration shall have no retroactive effect”.

9. Our argument on this point is essentially as follows. First of all, any emerging trends towards recognizing an individual right to complain to the courts are not enforceable against Germany for situations resulting from the Second World War, since that would mean applying the right retroactively. Secondly, these emerging trends are reluctant to lay down individual rights because they can easily turn out to be excessive and unmanageable. Surely the Court will not want to show itself to be less deliberately cautious than learned societies such as the International Law Association? Yet they are in a considerably easier position than the Court. They are committing no one but themselves, while hiding behind the reassuring safety-net of scientific work. If any actor could afford to present a bolder image, it would be just such a society. Is it not highly revealing and significant that it does not risk doing so? And does not all of this show even more clearly which path you yourselves should, as we see it, take?

## B. THE QUESTION OF *JUS COGENS*

10. The following observations are intended to reply to the claims made by our opponents concerning peremptory international law. I shall be able to be very brief on the subject, given that very little new information, and even less enlightening information, has emerged from the discussions before the Court in recent days.

48

### 1. The conflict between *jus cogens* and immunity

11. What you were told first of all is that where there is an irreducible conflict between the jurisdictional immunity of the State and the effective sanction of a *jus cogens* norm, such as the one which lays down the right to reparation for international crimes suffered, the former must, exceptionally and regrettably, yield to the latter. Sometimes setting aside immunity is, it was claimed, the only solution to the problem that individuals are being denied not so much access to justice, but a successful outcome to their complaints. The argument is almost sheepish, yet at the same time it is highly revolutionary. In order to dress it up our distinguished opponents took off on a lyrical flight of fancy, which I actually quite liked, though only on an aesthetic level. We were told that otherwise *jus cogens* would be reduced to the status of *petitio principii*, a flamboyant expression of loudly proclaimed yet ineffective wishful thinking, an empty mirage, a flimsy and pallid phantasm. I do not question the fact that the process of setting aside immunity, so learnedly developed, would be a *possible* solution to the supposed conflict. But there are others. You only need to look again at our own arguments here to be sure of this. The point I am trying to make is that our opponents' counsel presuppose that we, and particularly you, and in any event the Court of Cassation, can simply pluck this solution from among the many other possible avenues. They see no point in establishing which laws already exist, they simply want to change the law so that tomorrow's rules are just a little bit better — as they see it — than today's. But why stop at that particular point and that particular solution when things are going so well? If every domestic court can come up with its own "result" according to the needs of the moment, the particular facts and circumstances of the huge range of cases that life brings before them, we will soon have a great hotch-potch of solutions which are mainly subjective, or even opportunistic. International law develops from consent between States. Here it would develop from allowing every competent domestic court *carte blanche* to produce its own legislation. I have the impression — though I hope

49

I am wrong — that the doctrine of our distinguished colleagues on the other side of the bar is that under the international norm which applies today, the existing legal order delegates jurisdiction for defining the scope of foreign States' jurisdictional and enforcement immunity to domestic courts, which would decide on a case-by-case basis and take detailed account of the widely varying facts in each individual case. The international norm on immunity would thus disappear, to be replaced by this norm delegating legislative powers. I hardly need to say that I cannot find any trace of such a norm in the sources of international law, which in this particular case means custom. Our opponents have not found any either, otherwise they would surely have mentioned it.

12. It is also notable that the other Party has gone so far as to suggest that you should comply with the international law of your own Statute (and, I suppose, the rest of international law) because you are an organ of an international society dominated by sovereign States. Thus, they say, you are obliged to be scrupulously mindful of the agreed limits of your jurisdiction, *jus cogens* notwithstanding. A domestic court, on the other hand, is an organ of an inclusive public authority. Since its jurisdiction does not depend on the agreement of the litigants, it has greater freedom to weigh up the necessary considerations where there is a conflict between norms, choosing to give priority to the norm of peremptory international law. All of this gave me the impression that the development of international law is becoming more a prerogative of the domestic courts than of subjects of international law or even of the International Court of Justice. You have to keep to international law. The domestic courts, on the other hand, can weigh up its rules and come up with new and sometimes astonishing solutions. The principal judicial organ of the United Nations, and, if I might say, of international law, does not have the power to legislate to improve that law; the domestic courts, which merely represent part of the political order of human society, would possess precisely that right, for which they are so poorly equipped. What a strange idea. I myself would prefer, if I had to choose, for you to legislate in the legal order which you know better than anyone else, and of which you are the organ and servant. However, it is common ground that you do not have that power. It is not your prerogative, much less that of the domestic courts of any given State.

50 **2. The distinction between primary and secondary rules**

13. Lastly, you have been told that the distinction between primary and secondary rules, which I had the opportunity to describe in my first statement, is artificial and largely irrelevant in the present case. Reference was made in that respect to the International Law Commission's 2001 Articles on State Responsibility. There is no need for me to repeat what I told you on Monday, which I still believe is correct. Article 41 shows that only *some* legal consequences of breaches of *jus cogens* rules are accepted in today's international legal order. They do not include those which our Italian colleagues are trying to persuade you to accept. Furthermore, the work and commentaries of the International Law Commission show that it has deliberately made every effort to limit those consequences in this way. It was aware that it was already close to, and had often crossed, the dividing line between *lex lata* and *lex ferenda*, but also that it otherwise risked opening up a box that Pandora would have been proud of. Article 41, paragraph 3, therefore provides no support for the very self-interested interpretation given to it by our opponents. It was simply intended to be a safeguard clause to take account of changes to international law. Let me add here: for definite, tangible and proper changes, not for supposed changes extrapolated from a single, sadly isolated precedent.

14. Put *jus cogens* to one side for the time being. You do not need it in this case, and everything useless is usually legally harmful.

### III. Complicity

15. Our opponents have suggested that the Italian Court of Cassation felt constrained to set aside Germany's jurisdictional immunity because, by upholding and sanctioning it, it would have become complicit, in their view, in prolonging an internationally wrongful act. I have to admit that I was excited by this argument, because it was one that I would never have managed to come up with myself. It refers to Article 16 of the 2001 Articles on State Responsibility. So here was yet another epic conflict between international norms which the poor judges in the Italian Court of Cassation had to resolve, taking on a whole new responsibility.

51 16. This argument does not bear close scrutiny, for two very simple reasons. First, if no duty exists (or existed, in 1945) to provide individual compensation for the cases at issue here, then that duty cannot have been breached. Second, even if that complicity had occurred, in other words, if

an internationally wrongful act had been committed, the consequences could only have been those provided for by the relevant secondary rules concerning State responsibility. It would have given rise, for instance, to a duty to cease and to provide reparation. Under no circumstances, however, could it have given rise to the possibility of setting immunity aside, which is not provided for anywhere in current international law. The commission of our putative wrongful act could not give rise to the commission of another wrongful act, but only to the elimination of the consequences of the breach in accordance with the current rules of international law. What *jus cogens* does not do, supposed complicity certainly cannot.

17. I said when I began my statement today that I wanted to talk about one final issue, which I did not specify. However, I see that if I am to allow our Agent to present our conclusions, I cannot go into this question now, and so I would respectfully ask you, Mr. President, to give the floor to Ms Wasum-Rainer to present our submissions.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Robert Kolb pour son exposé. J'invite maintenant S. Exc. l'Ambassadeur Suzanne Wasum-Rainer à présenter ses conclusions finales.

Mme WASUM-RAINER : Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, j'aimerais à présent vous présenter, conformément au Statut de la Cour, nos conclusions finales. Je vais vous donner lecture de ces conclusions telles qu'elles vous ont été soumises.

L'Allemagne prie la Cour de dire et juger que :

- 1) en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale, de septembre 1943 à mai 1945, la République italienne a commis des violations de ses obligations juridiques internationales en tant qu'elle n'a pas respecté l'immunité de juridiction reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international,
- 2) en prenant des mesures d'exécution forcée visant la «Villa Vigoni», propriété de l'Etat allemand utilisée par le gouvernement de ce dernier à des fins non commerciales, la République italienne a également violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne,

3) en déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux qui sont mentionnés au point 1 ci-dessus, la République italienne a une nouvelle fois violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

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

- 4) la responsabilité internationale de la République italienne est engagée ;
- 5) la République italienne prendra, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne soient privées d'effet ;
- 6) la République italienne prendra toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses tribunaux s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne à raison des faits mentionnés au point 1 ci-dessus.

Monsieur le président, ceci met un terme au deuxième tour de nos plaidoiries. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Madame l'ambassadeur Susanne Wasum-Rainer. Ainsi s'achève l'audience d'aujourd'hui. La Cour prend acte des conclusions finales dont vous venez de donner lecture au nom de l'Allemagne. La Cour se réunira de nouveau demain à 14 h 30 afin d'entendre le second tour de plaidoiries de l'Italie ainsi que ses observations sur l'objet de l'intervention de la Grèce. L'audience est levée.

*L'audience est levée à 12 h 35.*

---