

Non corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CR 2011/21 (traduction)

CR 2011/21 (translation)

Vendredi 16 septembre 2011 à 14 h 30

Friday 16 September 2011 at 2.30 p.m.

10

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte. La Cour se réunit aujourd'hui pour entendre le second tour de plaidoiries de l'Italie ainsi que ses observations sur l'objet de l'intervention de la Grèce.

Je donne donc à présent la parole à l'agent de l'Italie. M. Giacomo Aiello, vous avez la parole.

M. AIELLO :

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, la procédure qui s'est déroulée en l'espèce a confirmé l'esprit de coopération sincère et d'engagement mutuel qui lie l'Italie et l'Allemagne.

2. Il n'est pas douteux que l'Italie et l'Allemagne partagent un profond respect pour la dimension humaine des événements tragiques qui ont donné naissance aux réclamations sur lesquelles la Cour de cassation italienne a dû statuer. Le Gouvernement italien partage aussi l'objectif consistant à préserver le principe de l'immunité de l'Etat, même si nous nous sommes efforcés d'expliquer, dans nos écritures et lors de nos plaidoiries, pour quelles raisons, à la lumière des circonstances exceptionnelles de la présente espèce, il existe un principe supérieur, une norme du *jus cogens*, qui justifie que l'on écarte le traditionnel privilège de l'immunité.

3. Dans le même temps, le Gouvernement italien reconnaît que l'Allemagne s'est reconnue pleinement responsable des événements terribles qui se sont produits pendant la deuxième guerre mondiale, et a pris depuis lors des mesures significatives pour racheter les actes illicites commis par le défunt régime nazi et en indemniser les victimes.

4. Ces efforts sont dignes d'éloges et constituent pour les nations un modèle de comportement. Pourtant, ce tableau généralement positif ne doit pas occulter le fait que, pour certaines victimes des crimes nazis, justice n'a pas été faite. La présente affaire démontre que le traité de paix de 1947 et les accords subséquents conclus à Bonn en 1961 n'ont pas suffi à remédier à la situation tragique de toutes les victimes, y compris, en particulier, les civils sans armes qui ont subi des souffrances indicibles et les anciens internés militaires italiens, réduits en esclavage. Les uns et les autres ont été victimes des violations les plus graves de règles impératives.

5. Le Gouvernement italien réaffirme une nouvelle fois, comme il l'a fait dans son introduction, que les accords internationaux demeurent l'instrument optimal pour régler des problèmes tels que ceux qui sont en cause en l'espèce, même si, jusqu'ici, s'agissant de la présente affaire, aucune solution n'est sortie des négociations bilatérales.

11

6. Dans ses conclusions, l'Allemagne a demandé à la Cour de déclarer que certaines décisions prises par la Cour de cassation italienne étaient contraires aux obligations de l'Italie au regard du droit international et devaient en conséquence être privées d'effet.

7. Comme mes collègues l'expliqueront, les décisions prises par les tribunaux italiens n'ont pas violé le droit international. Cette conclusion découle d'un raisonnement qui est à l'opposé des conceptions formalistes et rétrogrades défendues par l'Allemagne en l'espèce. Le Gouvernement italien a quant à lui prôné, s'agissant des normes classiques, une approche qui est plus équilibrée mais qui évite dans le même temps de porter atteinte à l'effet utile de principes fondamentaux, en particulier ceux d'une importance si primordiale que les conceptions contemporaines du droit les qualifient de normes du *jus cogens* : des règles qui sont universellement obligatoires et intransgressibles. L'obligation de réparer en cas de violation est un corollaire essentiel de ces règles, et elle contribue à assurer leur mise en œuvre effective.

8. L'agent de l'Allemagne a fait valoir, et je le cite, que «*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*». Toutefois, en réalité, tous les Italiens ayant intenté des actions devant les tribunaux allemands ont été systématiquement déboutés. Ils l'ont été soit au motif qu'en vertu de l'article 5 de la convention de Londres, les procédures engagées sur les demandes d'indemnisation devaient être suspendues, soit sur la base de l'article 7 de la loi du 25 mai 1910 — selon lequel la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés à des tiers ne peut être engagée que lorsque des accords internationaux prévoient expressément la réciprocité, soit, finalement, parce qu'il y avait prescription.

9. M. Dupuy vous parlera de l'affaire *Ferrini* plus en détail. Je peux néanmoins déjà faire observer à ce stade que M. Ferrini — avant d'engager une action devant les tribunaux italiens en 1988 — avait déjà demandé à être indemnisé en Allemagne pour avoir été détenu au camp de travail de Kala près de Buchenwald. Mais cette demande d'indemnisation a été rejetée le

1^{er} avril 1998 par le *Versorgungsamt*. Compte tenu de la futilité des efforts déployés par M. Ferrini pour qu'il lui soit rendu justice à raison des crimes dont il avait été victime, on peut légitimement douter que les victimes de guerre avaient un accès adéquat à des remèdes effectifs en vertu du droit allemand, même pour quelqu'un qui, comme M. Ferrini, n'a pas été dissuadé, comme d'autres auraient pu l'être, par ce qu'il en coûte financièrement de former un recours dans un pays étranger.

12

10. L'histoire de M. Ferrini n'est guère différente de celle que conte Kafka dans «Le procès», lorsque justice et raison demeurent insaisissables et illusoire. Les faits de la présente affaire donnent à penser qu'aussi nobles leurs objectifs soient-ils, les institutions créées à l'initiative de l'Allemagne pour indemniser les victimes des crimes de guerre nazies n'ont pas été en mesure de les réaliser. Dans ces conditions, M. Ferrini et les autres victimes italiennes de crimes de guerre n'avaient guère d'autre choix que de se tourner vers les tribunaux italiens.

11. La Cour de cassation italienne n'a pas éludé l'affaire en se réfugiant dans le formalisme et l'indifférence, et il faut mettre cela à son crédit. En agissant de manière à éviter ce qui, dans le cadre de la présente procédure, a été à juste titre qualifié de «dénier de justice», la juridiction italienne a décidé de *prendre au sérieux la notion de normes impératives*. Nous considérons respectueusement que la Cour — qui est à l'évidence une *cour de Justice* — devrait de même permettre au droit de se développer dans des domaines aussi cruciaux que celui-ci, dans lequel le *jus cogens* joue un rôle central. Il ne s'agit pas d'abandonner des principes qui nous sont chers, mais de reconnaître que certains principes — y compris des principes reposant sur des considérations de politique — doivent céder le pas à d'autres, plus impératifs, lorsque des circonstances graves l'exigent.

12. Avec la permission de la Cour, je vais expliquer comment les interventions de l'Italie vont se succéder aujourd'hui. Premièrement, M. Luigi Condorelli exposera les principaux aspects de la présente affaire, mettant en lumière tant les points sur lesquels les Parties sont d'accord que ceux sur lesquels elles demeurent en désaccord. M. Salvatore Zappalà se penchera ensuite sur la question des réparations. M. Paolo Palchetti examinera l'affaire *Distomo* ainsi que l'«exception délictuelle» à l'immunité de l'Etat. Après M. Palchetti, M. Condorelli interviendra de nouveau, cette fois pour se pencher sur le droit des individus de demander des réparations. M. Pierre-Marie Dupuy commentera ensuite certains aspects du conflit qui s'est fait jour en

l'espèce entre le *jus cogens* et l'immunité de l'Etat. Enfin, je reprendrai la parole pour présenter à la Cour les conclusions officielles de l'Italie.

Monsieur le président, je vous prierais maintenant de bien vouloir donner la parole à M. Condorelli.

Le PRESIDENT : Je remercie M. l'ambassadeur Giacomo Aiello de sa présentation introductive. Je donne maintenant la parole à M. Luigi Condorelli.

13

Mr. CONDORELLI:

**OBSERVATIONS ON THE POINTS OF AGREEMENT AND DISAGREEMENT
BETWEEN THE PARTIES**

1. Mr. President, Members of the Court, following the introductory remarks of the Agent of Italy, permit me to take the floor briefly for the first time in this second round of pleadings. The main aim of my first statement is to put before you some considerations which, I sincerely hope, you will find helpful, since they reflect the ambition to help your Court define the matters on which a genuine opposition of views continues to exist between the Parties to this dispute. There are other matters which appear now to be no longer germane, so to speak, as the discussions on them have uncovered no real divergence of views, except perhaps solely from the standpoint of principle.

2. That is the case, I think, for the question whether your Court should — as the Applicant had claimed in its written pleadings — embark on what I would call a sort of legal archaeological expedition to identify the applicable principles of customary international law for the purpose of deciding whether or not Italy has in recent times violated its international obligations towards Germany through the decisions of the *Corte di Cassazione* and other Italian courts which, starting with the *Ferrini* judgment of 2004, have refused to grant Germany immunity from jurisdiction in civil suits based on breaches of international humanitarian law committed by the German Reich during the Second World War. As you will have noted, the Applicant no longer insists (understandably!) on the highly debatable idea that the applicable law for assessing the legality or illegality of conduct attributable to Italy dating from the 2000s is the international law of the 1940s.

3. Mr. President, there is another more important topic concerning which an objection clearly based solely on principle is now expressed, but which reflects no real divergence. This is the

14

question whether or not it is correct to claim, as we do on our side of the Bar, that your jurisdiction on the merits of this dispute requires you incidentally to address the matter of reparation, that is to say, whether or not Germany violated the obligation to offer reparation to the Italian victims of the crimes perpetrated by the Nazi authorities. Otherwise, how could you decide on the merits of the central argument made by Italy, to the effect that it is precisely on account of those violations that the Italian courts are justified in denying jurisdictional immunity? It is true that the Applicant insists that this matter “do[es] not fall within the subject-matter of the present dispute” (to quote the phrase used yesterday by Ambassador Wasum-Rainer)¹. This matter — she said — would therefore fall outside the jurisdiction of your Court, since it concerns facts that occurred before the date of entry into force of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes. This argument, however, which was deemed decisive to your Court’s rejection of the admissibility of the counter-claim submitted previously by Italy, has no relevance to the consideration of whether or not the seriousness of the crimes committed by the Third Reich and the persistent violation of the obligation of reparation for the victims have any implications for the application in this case of the principles of State immunity from jurisdiction: even more so since this case concerns the continuous violation of an obligation, which remains unlawful to the present day. Is it not surprising to hear the Agent of Germany assert again at this stage that the question of reparation “do[es] not form part of the present proceedings”, whereas most of the discussions and the remarks your Court has heard throughout this week of pleadings have been and continue to be focused on this topic, and each of the counsel for the opposing Party has in particular made every effort to demonstrate that no violation of the obligations in question was ever committed?

4. That being said, I think it worthwhile, Mr. President, to draw the Court’s attention to what I would call the “dimensions” of the dispute before you, its real “magnitude” or, if you prefer, its actual scope. How better to do this than by referring to the actual content of the requests set out in the Application instituting proceedings filed by Germany and repeated without the slightest modification since then, including in the last statement, yesterday, by the Agent of the Applicant. What the Federal Republic of Germany asks of the Court is that it deal with the acts allegedly

¹CR 2011/20, p. 11, para. 4 (Wasum-Rainer).

15 committed by Italy against Germany “by allowing civil claims based on violations of international humanitarian law by the German Reich during World War II from September 1943 to May 1945”, and “by declaring Greek judgments based on [similar] occurrences . . . enforceable in Italy”. And again, what Germany subsequently requests is that the Court direct Italy to take any and all steps to ensure that in the future Italian courts do not entertain legal actions against Germany founded yet again on occurrences of the same type and from the same period.

5. Members of the Court, it is these precise requests, precisely dated and defined, which are submitted to you by the Applicant. It is to these questions that it requests your response, not to questions of a general nature relating to the international system as a whole, to the present and future fate of its principles. Of course, it is your sagacity and discretion which will dictate the scope of the legal criteria and arguments that you will deploy in your Judgment. It is for you to decide whether, in adjudicating the narrowly specified requests addressed to you by the Parties, you will confine yourselves to responding to the very specific characteristics of this case, those that are *sub judice* in this dispute, or whether you will take upon yourselves the responsibility for blazing a trail, by means of the grounds of your future Judgment, in the approach to the overall operation of the principles of international law relating to State immunity and their future evolution.

16 6. What seems clear to me — and I am sure that our debates have convinced you of this — is that the dispute you are being asked to resolve relates precisely to situations which — I repeat — have highly specific characteristics, making them more or less unique. I will not bore the Court by going over these questions one by one again, particularly since our honourable colleagues and friends on the other side of the Bar harshly condemn us by accusing us of constantly repeating the same refrain. Leaving aside, therefore, the two last parts of that refrain (to which Italian counsel will return in a few moments in order to respond to the criticisms levelled at us yesterday by opposing counsel), I shall confine myself to emphasizing that the first two parts at least are not in any way placed in doubt by the Applicants, quite the contrary; and I must say that this is highly appreciated by Italy. I am speaking of course, firstly, of the fact that the acts *jure imperii* of the Nazi authorities placed at issue before the Italian courts are undoubtedly in all cases criminal acts, characterizable as war crimes or crimes against humanity; and the second undisputed fact is that Germany has never denied that it had to assume full international responsibility for the crimes in

question. I therefore feel able to say that our German friends have raised no objection to the Court taking these points to be established for the purpose of its deliberations.

7. One last remark, Mr. President, concerning what I just said about the very specific features of the cases in which the Italian courts refused to recognize Germany's immunity from jurisdiction. With dazzling eloquence, our opponents have painted a truly apocalyptic picture of the devastating effects which, in their view, your Judgment would have on the international system if, in a fit of destructive folly, you decided to find in favour of Italy. They really frightened us: the fable narrated by Professor Kolb of the house which collapses because stones are removed from the walls prompted me to gaze anxiously at the vaults and stained glass of this venerable Great Hall of Justice². I had great difficulty in imagining what tragic effects would flow from a decision by your Court acknowledging that the Italian *Corte di Cassazione* did not violate international law by ruling that Mr. Ferrini was entitled to reparation for the serious violations of humanitarian law to which he had been subjected by the Third Reich.

8. If I may, Mr. President, I would ask you now to give the floor to Professor Zappalà.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Condorelli de sa présentation. Je donne maintenant la parole à M. Zappalà.

17

M. ZAPPALÀ :

**L'ABSENCE DE RÈGLEMENT APPROPRIÉ DES RÉPARATIONS DE CRIMES DE GUERRE
COMMIS PAR LE III^E REICH CONTRE DES RESSORTISSANTS ITALIENS**

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, l'Allemagne a formulé plusieurs arguments hier. Toutefois, aucun de ces arguments n'est réellement convaincant. En essayant de créer un état de désorientation à propos des conséquences de la présente affaire, nos confrères allemands ont fini par être eux-mêmes désorientés. Au lieu de répondre à la substance des arguments présentés par l'Italie, les conseils de l'Allemagne ont répondu à leur propre interprétation erronée de ces arguments. Le recours à ce procédé rhétorique et sophistique bien connu est révélateur, j'en ai bien peur, *d'un manque de solides arguments juridiques*.

²CR 2011/17, p. 60, para. 21 (Kolb).

2. M. Tomuschat a rappelé à juste titre que les avocats se devaient de faire des *distinctions appropriées*³. Toutefois, les arguments de l'Allemagne étaient un remarquable exemple de «la nuit où toutes les vaches sont noires». Une grande confusion de thèmes et un chevauchement de niveaux d'argumentation dominant la position de l'Allemagne en ce second tour de plaidoiries. C'est très simple, les conseils de l'Allemagne ont préféré s'attarder sur des visions catastrophiques, en recourant sans cesse à des métaphores et à des scénarios dignes de contes de fées.

3. Je ne peux suivre nos confrères dans leur exercice théorique qui consiste à gloser les plaidoiries et les écritures de l'Italie en l'espèce au moyen de subtilités rhétoriques et d'arguments parfois dénués de toute pertinence au regard du différend qui nous intéresse. Je préfère essayer d'assister la Cour, en consacrant le temps de parole qui m'est imparti à l'approfondissement des arguments de l'Italie.

1. L'obligation prévue par le droit international de réparer les violations graves du droit humanitaire

4. Mon analyse portera uniquement sur une question précise. Il s'agit d'un point qui, au cours des audiences de ces derniers jours, n'a pratiquement pas été contesté. Je veux parler, plus particulièrement, du fait qu'il n'y a toujours pas, entre l'Allemagne et l'Italie, de règlement des réparations pour crimes de guerre (crimes de guerre *et non* dommages de guerre), à l'exclusion de celles concernant les victimes de persécution.

18

5. A l'issue de quatre jours d'audiences, la Cour n'a entendu aucun argument convaincant démontrant que l'Allemagne a raison d'estimer qu'elle n'est pas tenue d'accorder une réparation appropriée aux victimes italiennes des violations massives du droit international humanitaire commises par le III^e Reich. Aucun ! Cela explique pourquoi l'Allemagne s'est opposée si fermement à la demande reconventionnelle de l'Italie, au lieu de lui emboîter le pas, au nom des bonnes relations entre les deux pays, et de ne pas contester l'exercice de la compétence de la Cour. Néanmoins, comme M. Condorelli l'a précisé, un examen du contexte juridique dans lequel les juridictions italiennes auraient porté atteinte au droit international relatif à l'immunité des Etats requiert une analyse détaillée de la question de l'absence de réparation pour crimes de guerre.

³ CR 2011/20, p. 21, par. 13 (Tomuschat).

6. Comme nous le savons, l'argumentation de l'Allemagne repose sur deux points : *a*) il n'existe pas d'obligation de réparation et *b*) quoi qu'il en soit, l'Allemagne a déjà accordé suffisamment de réparations *ex gratia*. Comme je vais le démontrer, aucun de ces points n'est exact, et il ne suffit pas d'affirmer le contraire, il faut encore le prouver.

A. Existe-il une obligation de réparer les crimes de guerre commis par le III^e Reich contre des ressortissants italiens ? L'interprétation du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947

i) La clause de renonciation ne s'applique pas aux violations graves du droit international humanitaire ;

7. L'Allemagne ne s'est jamais acquittée de sa responsabilité pour les crimes de guerre commis par le III^e Reich contre des Italiens en Italie. Ni l'Italie ni aucun autre Etat n'a déchargé l'Allemagne de cette responsabilité (ce qu'ils n'auraient pas pu faire non plus, et je reviendrai sur cet aspect dans quelques minutes pour réagir brièvement à quelques observations secondaires faites par M. Kolb hier).

8. Commençons par la question clé : l'Allemagne ne s'est jamais acquittée de son obligation de réparation à l'égard des victimes italiennes de crimes de guerre. Ainsi qu'il a été précisé mardi, en l'absence d'indemnisation directe des victimes, seul un règlement approprié de cette question entre les deux Etats concernés aurait pu résoudre le problème des réparations des crimes de guerre, mais toutefois les deux Etats n'ont pas conclu d'accord à ce sujet. Rien de ce qu'a dit l'Allemagne hier ne tend à indiquer le contraire.

9. L'Allemagne considère que, sur la base de la clause de renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, toutes ses obligations envers l'Italie et envers les ressortissants italiens ont été annulées (et ce pour les réclamations pendantes ou futures, qu'il s'agisse d'accidents de la circulation ou de crimes de guerre, tous ces aspects étant amalgamés, sans aucune *distinction*, dans une stratégie confuse faite de simplifications abusives, de dénaturation des faits et de scénarios catastrophes). Hier, le conseil de l'Allemagne a réitéré cette position sans réellement essayer d'en démontrer le bien-fondé, et a souligné quelques points qui ne font que confirmer l'interprétation italienne de la clause.

10. Le point de départ de mon exposé d'aujourd'hui, devra être, une fois de plus, la clause de renonciation et l'obligation continue de réparation incombant à l'Allemagne. Pour contredire l'existence évidente de cette obligation, on s'est contenté, une fois de plus, *de recourir à une interprétation prétendument littérale de la clause de renonciation* contenue au paragraphe 4 de l'article 77.

11. «*In claris non fit interpretatio*», a dit M. Gattini hier. Mais où est cette prétendue clarté ? L'Allemagne interprète le paragraphe 4 de l'article 77, d'une manière, l'Italie d'une manière tout à fait opposée. Voilà qui devrait suffire à indiquer, du moins *prima facie*, — moi aussi j'ai appris le latin ! — qu'il existe une certaine incertitude quant au sens de cette clause. De surcroît, cette incertitude est confirmée par la pratique des deux Etats, par leurs négociations en vue des accords de 1961 et par les décisions de certaines juridictions tant en Italie qu'en Allemagne, dont certaines ont été mentionnées par M. Gattini lui-même⁴. Enfin, et fait décisif, on peut lire dans le mémorandum (*Denkschrift*) soumis par le Gouvernement fédéral allemand aux assemblées parlementaires le 30 mai 1962, que l'Italie a déjà cité dans son contre-mémoire, que «des divergences étaient apparues entre la République fédérale et l'Italie quant à la signification de cette renonciation»⁵. Voilà pour la position de l'Allemagne.

12. Les conseils de l'Allemagne se contentent d'avancer un postulat, qu'ils ne prouvent pas et qui ne prouve rien. Les arguments très précis et détaillés présentés par l'Italie jeudi ne sont ni réfutés ni critiqués sérieusement par l'Allemagne. On est tenté de croire que celle-ci ne s'oppose pas à notre interprétation, ou, du moins, qu'elle n'a pas su trouver d'argument pour le faire.

13. Si la disposition avait été claire, nous ne serions pas là aujourd'hui. L'Allemagne n'a présenté qu'un seul argument — et il n'est pas nouveau — c'est que l'Italie a été forcée de renoncer à toutes ses prétentions et à celles de ses ressortissants, parce qu'elle avait été l'alliée de l'Allemagne au début de la seconde guerre mondiale et que cette renonciation faisait partie de l'ensemble du processus de paix mis en œuvre après la guerre ; les anciens alliés du III^e Reich ne

⁴ Voir par exemple CR 2011/20, p. 40, par. 27 (Gattini).

⁵ *Drucksache des Deutschen Bundestages*, IV/433, p. 12. Voir aussi le rapport du Comité des finances du Bundestag allemand sur le projet de «traité de règlement» du 27 novembre 1962, *Drucksache des Deutschen Bundestages*, IV/759, p. 1 : divergences d'opinions sur la portée de la renonciation contenue dans le traité de paix de 1947, et particulièrement sur les catégories de demandes couvertes par cette renonciation» [traduction du Greffe].

pouvaient être associés aux réparations⁶. Cette thèse, exposée hier par notre éminent collègue M. Tomuschat⁷, souligne l'incapacité de l'Allemagne à bien comprendre la *distinction* entre les conséquences de la responsabilité de l'Etat pour violations du *jus ad bellum* — et la notion de «sanction imposée délibérément à l'Italie» dont M. Tomuschat a parlé hier s'intègre parfaitement dans ce cadre conceptuel⁸ — et les conséquences de la responsabilité de l'Etat pour violations du *jus in bello*. Il s'agit de deux groupes de violations distinctes qui ne sauraient être assimilées dans une théorie confuse sur un règlement global de tous les différends, de quelque nature qu'ils soient, aux fins d'instaurer la paix et la sécurité, dans un fouillis complet où il n'est fait *aucune distinction*. La réparation pour les dommages de guerre en général doit être clairement distinguée de la réparation accordée aux victimes de crimes de guerre.

14. Pour tenter d'introduire ici une certaine clarté et procéder à quelques distinctions pertinentes, je me référerai à quelques points que l'Italie a déjà soulevés au cours de la procédure — j'essaierai cependant de le faire à la lumière des plaidoiries d'hier — : quelles réclamations l'Italie abandonna-t-elle par la clause de renonciation ? Nous avons montré que les dispositions du paragraphe 4 de l'article 77 ne s'appliquaient qu'aux réclamations *économiques* qui *n'étaient pas réglées* au 8 mai 1945. Or l'Allemagne n'a pas dit un seul mot à propos de l'expression «*réclamations non réglées*».

15. Ce silence peut signifier que l'argument de l'Italie sur ce point était si persuasif que l'Allemagne ne pouvait que s'y rendre et je prierai respectueusement la Cour d'en prendre note.

16. Toutefois, l'Allemagne a également présenté d'autres éléments qui viennent étayer notre interprétation. M. Gattini a «scrupuleusement» rappelé que :

«[L]e Gouvernement italien n'a[vait] insisté que sur [certains] types de réclamations afin de «parvenir à une solution plus équitable»⁹. La première réclamation concernait des biens identifiables enlevés illicitement du territoire italien et emportés en Allemagne ; la deuxième portait sur l'ouverture de crédits à la Banque d'Italie en vue du paiement de l'indemnité d'occupation que l'Allemagne avait imposée à la soit-disant République sociale italienne entre octobre 1943 et avril 1945 ; la troisième réclamation concernait les dettes impayées de l'Allemagne à l'égard des administrations publiques et des sociétés privées italiennes.»

⁶ RA, par. 14.

⁷ CR 2011/20, p. 26, par. 22-24 (Tomuschat).

⁸ *Ibid.*, p. 26, par. 23.

⁹ CR 2011/20, p. 38, par. 20 (Gattini).

21

17. Il a ensuite expliqué que les puissances alliées avaient pris en compte la première réclamation de l'Italie et rejeté les deux autres¹⁰. Ce sont là des indications claires que l'Italie avait bel et bien présenté des réclamations à l'Allemagne et aux ressortissants allemands, des réclamations qui n'avaient pas été réglées, et que celles-ci — et celles-ci seules — étaient précisément celles qui seraient visées par la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77. Il ne s'agissait pas de n'importe quelle réclamation, de quelque caractère ou nature que ce soit, présente, passée et future, comme l'Allemagne l'a dit au début de manière erronée. L'absence totale d'arguments démontrant le contraire, en ce qui concerne l'expression «réclamations non réglées», montre que l'Italie a correctement interprété la portée limitée de la clause.

18. Le texte du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 est très clair. Nos adversaires l'ont jugé si limpide qu'ils n'ont pas estimé nécessaire d'expliquer pourquoi il est clair ni ce qu'il signifie. M. Gattini s'est contenté de lire le texte de l'article, sans présenter d'autre argument. Il me semble que l'Italie a fourni quelques raisons de plus que l'Allemagne pour expliquer pourquoi le paragraphe 4 de l'article 77 ne s'applique pas aux réclamations qui fondent les affaires à l'origine du présent différend et M. Gattini, s'il a raillé nos efforts en les qualifiant de «finesse herméneutique»¹¹, a été totalement incapable de produire un seul argument à l'appui de l'interprétation de l'Allemagne.

19. En outre, les arguments présentés par M. Tomuschat — la référence générale à l'organisation de l'Europe d'après-guerre — ne sont d'aucune utilité pour contester l'interprétation italienne du paragraphe 4 de l'article 77. L'Italie n'a jamais prétendu que les traités de paix devaient être considérés comme nuls. Ce n'est que si la théorie de l'Allemagne sur l'interprétation du paragraphe 4 de l'article 77 était exacte — ce qu'elle n'est pas — que ce problème pourrait se poser. Or, l'Allemagne n'a pas réussi à démontrer que les réclamations concernant de grossières violations du droit international humanitaire entraînent dans les prévisions de la clause de renonciation. De fait, beaucoup de réclamations sont couvertes par cette clause, mais les demandes de réparation pour crimes de guerre n'en font pas partie.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ CR 2011/20, p. 37, par. 13 (Gattini).

22

20. L'Italie a expliqué mardi pourquoi elle considère que les réclamations qui n'étaient pas pendantes au 8 mai 1945 ne sauraient entrer dans le champ d'application de la clause de renonciation. Nous avons également montré pourquoi les réclamations relatives aux crimes de guerre *ne relèvent pas* du champ d'application du paragraphe 4 de l'article 77 et n'avons entendu aucun argument démontrant le contraire de la part de l'Allemagne. Nous devons ainsi considérer comme établi que le paragraphe 4 de l'article 77 se réfère uniquement aux réclamations *qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945* et qu'il ne s'applique pas, ou ne pouvait s'appliquer, et n'aurait jamais dû être appliqué à des demandes déposées ultérieurement ; nous devons en particulier considérer comme établi qu'il ne s'est jamais appliqué et n'est pas applicable aux réclamations se rapportant à des violations graves du droit international humanitaire.

21. M. Gattini a cité une décision — qu'il a choisie à son gré dans la jurisprudence italienne —, que la Cour de Cassation italienne a rendue en 1953 dans l'affaire *ILVA* et dans laquelle elle reconnaissait la validité de la clause de renonciation. Il s'est cependant abstenu de dire à la Cour que l'affaire à laquelle il se référait ne présentait aucune pertinence pour le présent différend, puisqu'elle ne concernait pas les crimes de guerre. Or, en l'espèce, l'Italie n'a pas contesté la clause de renonciation d'une manière générale, mais uniquement dans la mesure où elle est interprétée comme étant applicable aux demandes de réparation pour crimes de guerre.

22. Enfin, le demandeur fait étrangement référence à la maxime *in dubio mitius* — encore une expression latine —, que l'Italie n'avait pas mentionnée dans ses arguments. Nous ne comprenons pas pourquoi ce principe poserait des problèmes intertemporels, comme le laisse entendre M. Gattini, et nous estimons que, à supposer qu'il soit applicable, ce principe ne ferait que confirmer l'interprétation de l'Italie, s'il en était besoin, car son application à la clause qui nous intéresse supposerait que l'on donne la préférence à l'interprétation la moins onéreuse pour l'Italie — d'autant qu'il s'agit d'une clause en faveur d'un Etat tiers.

23. Même ce dernier argument renforce encore la position selon laquelle la clause de renonciation ne peut être interprétée que d'une seule manière, à savoir qu'elle ne s'applique pas aux demandes de réparation pour crimes de guerre mais uniquement aux réclamations économiques qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945.

ii) La clause de renonciation ne pouvait pas s'appliquer en cas de violations graves du droit international humanitaire

24. Aux fins du débat, et pour dissiper certains des doutes de M. Kolb, il nous faut également examiner, fût-ce très brièvement, un point concernant les raisons pour lesquelles la clause *n'aurait pas pu* s'appliquer aux violations graves du droit international humanitaire. Son application n'était en effet pas permise car — a affirmé l'Italie — nul ne peut se soustraire à sa responsabilité en cas de violations graves du droit international humanitaire. Notre éminent confrère s'est réclamé d'un passage du commentaire de Pictet indiquant qu'il s'agissait là d'un «article entièrement nouveau». Toutefois, cette expression fait référence à la nouveauté d'une telle disposition en droit conventionnel. Celle-ci n'était que la *conséquence logique* du fait qu'aucune voie de recours n'était directement ouverte aux individus pour demander réparation, ainsi qu'expliqué à l'audience de mardi¹².

23

25. En outre, si une telle disposition avait été controversée, les Etats parties aux conventions de Genève ne l'auraient jamais adoptée si rapidement. Quiconque a déjà pris part à des négociations intergouvernementales sait que les Etats, en particulier lorsqu'il s'agit de leur responsabilité, ne parviennent quasiment jamais à s'entendre pour prendre le moindre engagement qui viendrait alourdir leur obligations en la matière et qu'ils se bornent généralement à reprendre ce qu'ils estiment être les dispositions du droit coutumier, comme pour les articles 51, 52, 131 et 148 des quatre conventions de Genève de 1949, respectivement. Le commentaire de Pictet n'indique d'aucune façon que ces dispositions ne reflètent pas le droit coutumier.

26. La notion d'obligations intransgressibles en droit international humanitaire n'avait absolument rien de nouveau à l'époque de la seconde guerre mondiale, et elle n'a pas vu le jour avec les conventions de Genève de 1949. Elle faisait déjà partie intégrante du mécanisme de la responsabilité pour violation grave des lois de la guerre, et elle se retrouvait certainement à travers les obligations énoncées dans la convention de Genève de 1929 sur les prisonniers de guerre, laquelle impose de respecter *en toutes circonstances* (je cite l'article 82) les garanties prévues dans

¹² CR 2011/18, p. 29, par. 14 (Zappalà).

ses dispositions¹³. D'ailleurs — fait remarquable —, c'est précisément sur cette notion de droit précurseur du *jus cogens* que M. Tomuschat faisait fond lorsqu'il déclarait, dans un avis d'expert, que les internés militaires italiens devaient être traités comme des «prisonniers de guerre» aux fins du régime d'indemnisation établi dans le cadre de la Fondation¹⁴.

24

27. A cet égard, il convient de rappeler le raisonnement déjà exposé dans le contre-mémoire, dans lequel l'Italie a démontré que la notion de règles intransgressibles du droit international avait déjà vu le jour dans les années ayant précédé la seconde guerre mondiale et qu'elle avait largement pris corps à la fin de la guerre. Quoi qu'il en soit, à supposer — hypothèse purement théorique — que la clause de renonciation s'applique aux crimes de guerre, l'important n'est pas tant de connaître l'état du droit d'avant-guerre que la manière dont celui-ci s'est façonné au cours du conflit et immédiatement après, et son stade de développement en 1947 lorsque le traité de paix fut conclu. Le caractère intransgressible des principes conférant une responsabilité pour les violations graves des lois de la guerre est au cœur même de l'héritage des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo. Les obligations suprêmes que le droit international impose aux individus, au-delà des impératifs qui peuvent leur être dictés par leur propre Etat, en constituent une affirmation claire : il est des principes internationaux que les Etats ne peuvent tout bonnement pas mettre de côté. Ils ne peuvent y déroger *ex ante*, pas plus qu'ils ne peuvent échapper à leur responsabilité *ex post*.

28. En tout état de cause, et je conclurai sur ce point, l'Italie a clairement affirmé dans le cadre du présent différend que les principes intransgressibles du droit international devaient manifester leurs effets au stade de l'interprétation — un exercice effectué aujourd'hui et non dans les années 1940 — et que, lorsque deux interprétations ou plus étaient possibles — ce qui n'est pas le cas ici, s'agissant de la clause de renonciation —, les dispositions d'un traité devaient être interprétées de la seule manière qui les rende compatibles avec les règles intransgressibles ; dans notre affaire, cela signifie qu'il faut exclure les violations graves du droit international humanitaire du champ d'application de la clause de renonciation. Mais même sur ce point, l'Allemagne ne s'est

¹³ Sur ces questions, voir L. Condorelli et L. Boisson de Chazournes, «Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire «en toutes circonstances»», Ch. Swinarski (dir. publ.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet*, Nijhoff, 1984, p. 17 et suiv.

¹⁴ CMI, annexe 8.

pas montrée très diserte — si ce n'est pour exposer certaines conceptions du droit international datant du XIX^e siècle.

29. Comme nous l'avons montré, il ne fait aucun doute que la clause ne vise pas les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité. Et même les quelques observations de l'Allemagne en confirment la portée restreinte. Interprétée à la lumière de son texte et de son contexte, de manière systématique et téléologique, la disposition devient limpide. Tous les éléments militent dans le même sens. Partant, l'Allemagne demeure tenue d'apporter une réparation appropriée aux victimes italiennes de crimes de guerre.

2. Les Italiens victimes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ont-ils jamais obtenu réparation ?

30. Venons-en à présent à un autre *leitmotiv* de l'Allemagne qui, bien que répété à plusieurs reprises, n'en devient pas plus convaincant pour autant. L'Allemagne a redit lors de ce second tour de plaidoiries qu'elle avait acquitté des réparations énormes¹⁵. Toutefois, elle fait toujours ces déclarations dans des termes très vagues et généraux, et sans jamais faire spécifiquement mention des victimes italiennes de crimes de guerre. Au contraire, lorsqu'on examine de plus près les exposés oraux et écrits de l'Allemagne, c'est une tout autre histoire qui apparaît.

25 31. Hier, dans le discours d'ouverture de l'éminent agent de l'Allemagne, Mme Susanne Wasum-Rainer, ainsi que dans les plaidoiries de MM. Tomuschat et Gattini, cet argument des réparations acquittées est réapparu une nouvelle fois. L'Italie n'a jamais contesté que l'Allemagne avait fourni d'importantes réparations pour plusieurs violations du droit international, et celle-ci n'avait pas vraiment besoin de le répéter, à moins qu'elle ne l'ait fait que pour *occulter la réalité*.

32. Une réparation a effectivement été accordée à certaines victimes de persécutions qui avaient formulé des réclamations, mais celles-ci excèdent le cadre des affaires qui sous-tendent le présent différend. De plus, le nombre de victimes italiennes et le montant des réparations, dont l'Allemagne a donné les chiffres hier, ne sont pas tellement impressionnants, si l'on songe à l'ampleur des crimes perpétrés par le III^e Reich en Italie. L'éminent agent de l'Allemagne nous a

¹⁵ Voir, d'une manière générale, l'introduction de l'agent, Mme Susanne Wasum-Rainer, CR 2011/20, p. 11-13, par. 5-10.

dit que ces mesures de réparation concernaient un peu moins de cinq mille personnes, civils et internés militaires confondus, le montant global des réparations versées avoisinant les deux millions d'euros (ce qui donne une moyenne de quatre cents euros par personne)¹⁶.

33. Qui plus est, l'Italie a déjà reconnu que les victimes de persécutions avaient obtenu une indemnisation par son intermédiaire dans le cadre de l'accord de 1961. Pour en revenir au présent différend, toutefois, les affaires portées devant la justice italienne ne concernent pas de victimes de persécutions. Ce sont simplement *toutes* les autres victimes qui nous occupent ici ! Nous parlons ici de l'obligation d'accorder réparation à plusieurs milliers d'Italiens victimes de crimes de guerre qui *n'ont reçu de réparation sous aucune forme que ce soit, ce que l'Allemagne a indirectement reconnu*. En particulier, certains d'entre eux ont été exclus des régimes de réparation mentionnés par l'Allemagne sur la base d'arguments embarrassants et peut-être même erronés au sujet desquels celle-ci a préféré, fort opportunément, rester totalement muette dans ses exposés écrits ainsi que dans ses plaidoiries du premier et du second tours.

34. Il s'agit là de la question — dont j'ai fait mention mardi — des Italiens dits internés militaires auxquels l'Allemagne a refusé toute forme de réparation sur la foi de l'avis d'expert — évoqué plus haut — de notre éminent confrère M. Tomuschat, qui a affirmé que, leur statut de prisonniers de guerre ne souffrant aucune exception, les intéressés devaient être considérés comme tels aux fins du régime de réparation et n'avaient donc droit à aucune indemnisation, les prisonniers de guerre étant exclus de ce régime.

35. *L'Allemagne n'a jamais apporté réparation* en raison de son interprétation de la clause de renonciation et elle a aussi admis ensuite que les mesures de réparation accordées *ex gratia* en 1961, ainsi que les quelques autres mentionnées hier, n'étaient *que partielles*. Elle a donc reconnu de manière claire et sans réserve que le reste des victimes — autrement dit, pas les victimes de persécutions mais toutes les autres, qui représentent une large majorité — n'avaient nullement obtenu satisfaction.

26

¹⁶ CR 2011/20, p. 12, par. 8 (Wasum-Rainer).

3. Quelles conclusions en tirer ?

36. Le fait que les victimes de graves violations du droit international humanitaire n'aient pas obtenu réparation, comme le soutient l'Italie, est la stricte vérité ! vérité sur le fondement de laquelle justice doit être rendue. Répéter dix fois encore la même chose — aucune obligation n'incombe à l'Allemagne, l'Allemagne a versé des indemnités — n'augmentera ni le montant des indemnités versées, ni le nombre de victimes indemnisées. La vérité est celle-ci : *a*) la clause de renonciation n'a pas exonéré l'Allemagne de l'obligation qui lui incombait de verser des indemnités aux victimes italiennes de crimes de guerre ; et *b*) ces victimes n'ont, dans leur grande majorité, pas obtenu réparation.

37. Cela ne signifie pas que l'Allemagne ou le peuple allemand doivent en être blâmés ou punis ; le fait que le conseil de l'Allemagne utilise de nouveau cet argument démontre qu'il ne fait preuve d'aucun *discernement*. Les réparations à raison de crimes de guerre ne doivent pas être considérées comme des dommages-intérêts punitifs. Les crimes commis ne font l'objet d'aucune sanction particulière, l'Etat n'est pas stigmatisé (l'expression «crimes d'Etats» ayant été abandonnée). L'obligation d'accorder une réparation appropriée en cas de crimes de guerre n'est que l'une des conséquences de la responsabilité de l'Etat à raison de violations massives des règles du droit international humanitaire ; c'est également une forme de solidarité envers les victimes qui vise au renforcement du respect de ces règles. Il n'y a, dans ce raisonnement, aucune animosité envers l'Allemagne, et encore moins envers le peuple allemand, auquel l'Italie est liée par une profonde amitié.

4. Conclusions

38. Monsieur le président, cela m'amène à mes remarques finales. La Grèce s'est, dans ses plaidoiries, abondamment référée aux tendances nouvelles qui se développent en droit international, aux notions nouvelles qui donnent corps à la protection de l'être humain par opposition à la souveraineté de l'Etat, la souveraineté de l'Etat telle qu'on l'entend aujourd'hui, c'est-à-dire non seulement comme une prérogative, mais aussi comme un devoir incombant aux Etats de prendre soin des individus placés sous leur juridiction et de les protéger contre les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les génocides. La Grèce a expliqué en quoi les droits de

27 l'homme et le processus d'humanisation du droit international étaient pertinents. Nous comprenons ces arguments et nous associons à nombre d'entre eux. Nous souhaiterions cependant souligner, aux fins de la présente espèce, que nous avons ici affaire à des notions de droit bien établies, qui ont déjà été affirmées à la fin de la seconde guerre mondiale par le processus de stigmatisation de tout un ensemble de violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire. Cet ensemble de droits et de principes, dont la responsabilité de l'Etat est le plus évident, doit être appliqué. La responsabilité de l'Etat à raison de violations graves du droit international humanitaire remonte au début du XX^e siècle et le fait qu'il ne puisse y être dérogé d'aucune manière a été codifié dans les années 1940. L'évolution récente confirme l'importance qu'il y a à assurer une protection humanitaire et joue un rôle interprétatif fondamental, mais la présente affaire a trait à des règles concrètes de droit conventionnel et coutumier existant de longue date qui doivent simplement être respectées. Cette affaire a trait à l'inobservation prolongée d'obligations claires de réparation et met en évidence le fait que les Etats doivent régler les questions passées par le biais d'accords mûrement réfléchis tenant compte des droits des victimes.

39. Permettez-moi de conclure en rappelant simplement que : *a)* le III^e Reich a violé des règles fondamentales du droit international humanitaire ; *b)* l'Allemagne en a assumé la responsabilité ; *c)* l'Allemagne a reconnu n'avoir que partiellement indemnisé certaines catégories de victimes. L'Allemagne a refusé ou réduit au minimum les indemnités dues à des milliers de victimes italiennes, qui ont, en attendant, saisi des juridictions nationales ; et *d)* ces juridictions nationales ont donc eu à faire face à un dilemme judiciaire sur lequel mon collègue, M. Dupuy, reviendra plus longuement.

40. Si l'immunité doit être considérée comme un système permettant de régler certaines questions contentieuses au niveau approprié, par le biais de négociations interétatiques, dans ce cas particulier qui oppose l'Italie et l'Allemagne, le fait que les tribunaux internes n'aient pas accueilli l'exception d'immunité a été déterminant pour que cette «question complexe» soit portée au niveau interétatique approprié. La Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, est assurément la juridiction appropriée pour dire aux Parties la manière dont leur différend peut être réglé.

41. Monsieur le président, ainsi s'achève ma plaidoirie au nom de l'Italie. Puis-je respectueusement vous demander de bien vouloir donner la parole à mon collègue, M. Palchetti ? Je vous remercie.

28

Le PRESIDENT : Je vous remercie, M. Salvatore Zappalà, pour votre exposé et invite à la barre M. Paolo Palchetti.

M. PALCHETTI :

LA RECONNAISSANCE DE L'ARRÊT *DISTOMO* ET L'EXCEPTION EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ DÉLICITUELLE

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges. Au cours de ce second tour de plaidoiries, j'aborderai deux questions. J'examinerai d'abord la troisième conclusion de l'Allemagne concernant la reconnaissance de l'arrêt *Distomo* par les tribunaux italiens. Je répondrai ensuite à certaines observations de l'Allemagne concernant l'applicabilité de l'exception en matière de responsabilité délictuelle dans la présente affaire.

1. La reconnaissance de l'arrêt *Distomo* par les tribunaux italiens

1. La question soulevée par la troisième conclusion de l'Allemagne est relativement simple. L'Allemagne demande à la Cour de dire que, en rendant exécutoire en Italie la décision grecque, l'Italie a commis un fait internationalement illicite. Pour sa part, l'Italie fait valoir que l'Allemagne ne peut prétendre à l'immunité à l'égard de la procédure engagée en Italie pour donner effet à la décision rendue en l'affaire *Distomo*, car l'Allemagne ne bénéficiait pas de l'immunité à l'égard de la procédure grecque qui a abouti à cette décision. En fin de compte, la question que doit résoudre la Cour est de savoir si les tribunaux italiens ont eu raison de considérer que, en vertu des règles actuelles du droit international, l'Allemagne ne pouvait prétendre à l'immunité juridictionnelle à l'égard des demandes de réparation présentées à son encontre devant les tribunaux grecs par les victimes du massacre de *Distomo*. Avant d'aborder cette question, permettez-moi de dire quelques mots sur l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle la reconnaissance de l'arrêt *Distomo* ne serait qu'une conséquence de la recherche d'un tribunal favorable engendrée par la jurisprudence *Ferrini*. Pour dire les choses simplement : la

29

reconnaissance de l'arrêt grec n'a rien à voir avec le *forum shopping*. Le droit international n'exclut pas la possibilité qu'une décision rendue à l'encontre d'un Etat étranger soit jugée exécutoire par les tribunaux d'un Etat tiers. A cet égard, la reconnaissance de l'arrêt grec est simplement une conséquence du fait que — pour reprendre les termes de lord Mance dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Royaume-Uni en l'affaire *NML v. Argentina* — «aucun principe du droit international n'immunise l'Etat A contre des poursuites intentées dans l'Etat B en vue de faire exécuter un arrêt prononcé contre lui dans l'Etat C»¹⁷.

2. Après la déclaration écrite du 3 août 2011 et l'intervention orale de la Grèce mercredi, les éléments de fait et de droit qui caractérisent l'affaire *Distomo* sont maintenant clairs pour la Cour et pour les Parties. Cette affaire concernait des demandes de réparation pour des actes commis par l'Allemagne nazie entièrement sur le territoire grec. Ces actes constituaient manifestement des crimes de guerre. Dans ces circonstances, il n'y avait aucune obligation d'accorder l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne puisque, pour les raisons déjà indiquées à propos des crimes commis en Italie, l'exception délictuelle à l'immunité était applicable. C'est précisément sur cette base que s'est appuyé l'*Areios Pagos* grec pour justifier son refus d'accorder l'immunité à l'Allemagne.

3. Dans sa déclaration écrite et sa présentation orale, la Grèce a évoqué le fait que les victimes avaient tenté d'obtenir l'exécution de la décision devant les tribunaux allemands¹⁸. Elle a également fait observer que la Grèce et l'Allemagne n'avaient pu se mettre d'accord sur la question des réparations¹⁹.

4. Compte tenu de ces circonstances, l'Italie estime qu'il n'y avait aucune obligation d'accorder l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne en ce qui concerne les procédures instituées par les victimes du massacre de Distomo. Pour cette raison, l'Italie demande à la Cour de rejeter la troisième conclusion de l'Allemagne.

¹⁷ *NML Capital Limited* (demandeur) v. *Republic of Argentina* (défendeur), [2011] UKSC 31, http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0040_Judgement.pdf, par. 91.

¹⁸ Déclaration écrite de la République hellénique (DEG), par. 11 ; CR 2011/19, p. 13, par. 15 (Perrakis).

¹⁹ CR 2011/19, p. 40, par. 113 (Perrakis).

2. L'exception en matière de responsabilité délictuelle

30

5. J'en viens maintenant à l'applicabilité de l'exception délictuelle dans la présente affaire. S'agissant de l'article 12 de la convention de New York, l'Allemagne entretient bien des doutes mais n'a qu'une seule position ferme. L'Allemagne doute que l'article 12 reflète le droit coutumier ; elle doute que l'exception délictuelle s'applique aux *acta jure imperii* ; et, comme elle l'a affirmé hier pour la première fois, elle doute également que l'exception délictuelle s'étende aux affaires où le préjudice n'a pas été commis entièrement sur le territoire de l'Etat du for²⁰. En ce qui concerne ce dernier doute, permettez-moi de faire observer simplement que la déportation des internés militaires italiens du territoire italien était en soi un crime international et que ce crime s'est produit entièrement en territoire italien. Mais abstraction faite de cela, l'Italie est convaincue que le renvoi aux travaux de la Commission du droit international et aux éléments de la pratique examinés au cours de la présente procédure suffira à lever les doutes de l'Allemagne. Je me concentrerai donc sur la seule question sur laquelle l'Allemagne semble avoir une position arrêtée, soit la question de savoir si l'exception délictuelle s'applique aux préjudices causés dans le cadre d'un conflit armé.

6. Dans la réponse de l'Allemagne hier, un fait me semble très frappant. Au cours du premier tour de plaidoiries, j'ai mentionné pas moins de sept Etats dont les lois prévoient l'application de la clause de la responsabilité délictuelle sans aucune exception pour les actes commis dans le cadre d'un conflit armé. La Partie adverse n'a pas dit un mot ni proféré un commentaire sur cette pratique importante. L'Allemagne a plutôt préféré s'attacher à démontrer combien elle trouvait extravagante mon argumentation de mardi concernant l'importance à accorder à l'article 31 de la convention européenne sur l'immunité des Etats²¹. Je n'avais, sincèrement, aucune intention d'être extravagant. J'ai tout simplement fait valoir que l'article 31 est une clause «sans préjudice» et qu'à ce titre, elle ne confère aucune immunité aux Etats étrangers ; son insertion dans la convention s'explique par le fait que la question de l'immunité à l'égard des activités militaires est habituellement traitée par voie d'accords spéciaux. J'ajouterai une chose. La Commission du droit international a également examiné la question de l'importance

²⁰ CR 2011/20, p. 31, par. 2-3 (Gattini).

²¹ *Ibid.*, p. 33, par. 8 et suiv. (Gattini).

à accorder aux traités créant des régimes spéciaux d'immunité pour les activités militaires. Comme je l'ai mentionné mardi, la solution à laquelle la Commission a recouru a été d'insérer à l'article 12 un paragraphe liminaire précisant que l'application de l'exception délictuelle était sous réserve des accords internationaux existants. L'idée était que, s'il existait un accord prévoyant un régime spécial d'immunité — et la Commission avait particulièrement à l'esprit les accords concernant le statut des forces armées — l'exception délictuelle pouvait ne pas s'appliquer ; autrement, elle s'appliquait.

31

7. Au cours de la procédure orale aussi bien que dans ses écritures, l'Allemagne a invoqué un certain nombre de décisions pour étayer sa position selon laquelle l'exception délictuelle ne s'applique pas aux demandes de réparation pour des actes commis dans le cadre de conflits armés. Je consacrerai la partie restante de ma plaidoirie à l'examen de ces éléments de la pratique. J'espère ainsi démontrer que la position de l'Allemagne sur cette question ne s'appuie sur rien de solide. Je ne m'arrêterai qu'aux décisions invoquées par l'Allemagne qui peuvent être considérées comme pertinentes pour déterminer le champ d'application de l'exception délictuelle. C'est pourquoi je ne parlerai pas des décisions, comme celle de l'affaire *Jones*, qui concernent des préjudices causés en dehors du territoire de l'Etat du for, ni des décisions comme celle de l'affaire *Bucheron*, où la question de l'application de l'exception délictuelle n'a pas été examinée par la juridiction interne.

8. Lors du premier tour de plaidoiries, l'Allemagne a mentionné l'arrêt d'une chambre criminelle de la Cour de cassation italienne en l'affaire *Lozano*²². Il ne fait pas de doute que dans cette affaire l'application de l'exception délictuelle n'était pas en cause, puisqu'elle concernait la responsabilité pénale d'un soldat américain pour des actes commis en Irak. Cette décision a attiré l'attention de l'Allemagne parce que, sans raison apparente, la chambre a fait observer à un certain moment que la convention de New York ne s'appliquait pas aux activités des forces armées et que par conséquent, la question de l'immunité d'un Etat pour les actes de ses forces armées devait être appréciée exclusivement au regard des règles du droit international coutumier. Pour les raisons déjà expliquées, l'Italie est convaincue que cette interprétation concernant le champ d'application

²² Cour de cassation italienne (division criminelle), *Lozano c. Italie*, arrêt du 24 juillet 2008, affaire n° 31171/2008 ; *ILDC* 1085 (IT 2008).

de la convention de New York est erronée et ne changera certainement pas d'avis en raison de cet *obiter dictum*, qui s'écarte à l'évidence de la position de la Cour de cassation italienne sur ce point. Mais, aux fins de la présente analyse, il suffira de noter que dans l'arrêt *Lozano*, la Cour ne prend pas position sur la question de savoir si, au regard du droit international coutumier, l'exception délictuelle est applicable aux demandes présentées à raison d'actes des forces armées.

32

9. Dans ses écritures, l'Allemagne a également mentionné une autre décision de la Cour de cassation italienne, rendue en 2000 dans l'affaire *Cermis*²³. Cette affaire concernait des vols militaires d'entraînement réalisés par les Etats-Unis en territoire italien. La Cour de cassation a reconnu l'immunité des Etats-Unis au motif que ces vols militaires d'entraînement étaient des *acta jure imperii* et, en tant que tels, couverts par l'immunité. Cependant, cette décision n'est guère pertinente en tant que précédent. L'applicabilité de l'exception délictuelle n'était pas en cause dans cette instance ; elle ne pouvait l'être. Les plaignants ne demandaient pas de réparation pécuniaire à raison de préjudices corporels ou matériels ; ils demandaient à la cour d'ordonner aux Etats-Unis de cesser les vols d'avions de chasse sur une partie du territoire italien. A l'évidence, l'exception délictuelle ne s'applique pas à ce type de demande.

10. L'arrêt rendu dans l'affaire *McElhinney* par la Cour européenne des droits de l'homme est certainement plus pertinent mais il ne dit pas ce que l'Allemagne voudrait qu'il dise. Nulle part dans le texte de l'arrêt la Cour européenne des droits de l'homme n'affirme que l'Irlande avait l'*obligation* d'accorder l'immunité au Royaume-Uni. La Cour européenne a été très prudente. Elle a dit :

«On ne peut assurément pas dire que l'Irlande soit seule à estimer que l'immunité s'applique en cas d'action pour des dommages ainsi causés par des *acta jure imperii* ou, qu'en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises.»²⁴

Monsieur le président, l'affirmation selon laquelle «l'Irlande n'est pas seule» ne signifie pas que la reconnaissance de l'immunité dans ce type de situation recueille un large appui ; et dire que, en accordant l'immunité, «l'Irlande ne s'est pas démarquée de normes internationales actuellement admises» ne signifie pas que l'Irlande avait l'*obligation* d'accorder l'immunité. La seule chose

²³ MA, p. 50-51, par. 82. Pour le texte de la décision, voir MA, annexe 33.

²⁴ CEDH, *McElhinney c. Irlande*, n° 31253/96, 21 novembre 2001, par. 38.

qu'ait affirmée la Cour, c'est qu'en accordant l'immunité au Royaume-Uni, l'Irlande n'agissait pas à l'encontre du droit international. Mais, je le répète, il n'est pas fait mention d'une *obligation* d'accorder l'immunité.

11. L'Allemagne a également tenté d'accorder de l'importance au fait qu'il est difficile de trouver des décisions de tribunaux internes qui reconnaissent, sur la base de l'exception délictuelle, l'admissibilité de demandes de réparation découlant de préjudices causés en période de conflit armé²⁵. Cependant, le fait que ce type de demandes ait rarement été présenté par des personnes devant les tribunaux internes n'est, en soi, d'aucune utilité pour évaluer la portée de l'exception délictuelle.

33

12. Dans ses écritures, l'Allemagne a invoqué l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire *République argentine c. Amerada Hess*, pour démontrer que dans les Etats — comme les Etats-Unis — où l'exception délictuelle est inscrite dans la loi, cette exception n'a jamais été censée s'étendre aux réclamations pour préjudices subis pendant un conflit armé²⁶. Cependant, contrairement à ce que l'Allemagne semble laisser entendre, la Cour suprême, pour justifier la reconnaissance de l'immunité à l'Argentine, ne s'est pas appuyée sur le fait que les demandes de réparations qui lui avaient été adressées concernaient un conflit armé. En réalité, la Cour ne s'est pas fondée sur cet élément, qu'elle n'a même pas mentionné, pour se dire incompétente à l'égard de l'Etat étranger défendeur. La Cour suprême a jugé que l'Argentine jouissait de l'immunité parce que le préjudice causé au navire des plaignants s'était produit en dehors du territoire des Etats-Unis²⁷. Il est révélateur que dans d'autres affaires concernant des demandes de réparation à raison de faits préjudiciables commis dans le cadre d'un conflit armé, les tribunaux américains, même s'ils se sont dits incompétents, n'ont jamais argué du fait qu'un Etat a toujours droit à l'immunité pour les actes de ses forces armées²⁸.

13. La thèse selon laquelle les législations prévoyant une exception délictuelle doivent être interprétées comme ne visant pas les demandes découlant de conflits armés semble contredite par

²⁵ CR 2011/20, p. 34, par. 9 (Gattini).

²⁶ MA, p. 47, par. 76.

²⁷ 488 US 428, p. 439.

²⁸ Voir, par exemple, Cour d'appel des Etats-Unis, *Princz c. République fédérale d'Allemagne (International Law Report (ILR), vol. 103, p. 594)*.

l'arrêt de la Cour suprême du Canada en l'affaire *Schreiber c. Canada (procureur général) et République fédérale d'Allemagne*. S'il est vrai que cette affaire ne concernait pas une réclamation découlant d'un conflit armé, la Cour suprême a évoqué la possibilité que l'exception délictuelle s'étende aux demandes d'indemnisation pour violations graves du droit international humanitaire. La Cour a, en particulier, rejeté une interprétation de la loi canadienne sur l'immunité des Etats voulant que l'exception délictuelle ne s'applique pas à l'égard des actes *jure imperii*, puisqu'elle a dit qu'une telle interprétation «priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux». Ce qu'il importe de noter ici est que pour étayer son interprétation de l'exception délictuelle, la Cour suprême a invoqué «l'évolution récente du droit humanitaire international» qui élargit la possibilité d'obtenir réparation devant les tribunaux nationaux dans les cas de crimes internationaux. Selon la Cour, une interprétation restrictive de l'exception délictuelle «mettrait en péril, du moins au Canada, un progrès potentiellement important en matière de protection des droits de la personne»²⁹.

34

14. Parmi tous les exemples de pratique mentionnés par le demandeur, l'un des rares précédents qui étaye vraiment la position de l'Allemagne est l'arrêt de la Cour suprême polonaise en l'affaire *Natoniewski*³⁰. Cependant, le texte clair de cet arrêt montre à l'évidence que le point de vue exprimé par la Cour suprême polonaise sur l'application de l'exception délictuelle aux situations de conflit armé n'est pas fondé sur une analyse de la pratique pertinente des Etats. Dans son arrêt, la Cour suprême renvoie à l'article 31 de la convention de Bâle mais, comme nous l'avons vu, cette disposition contient seulement une clause «sans préjudice». Elle mentionne également le fait que, dans son commentaire sur les projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats, la Commission du droit international avait exclu l'application de l'exception délictuelle aux cas de conflit armé. Mais encore une fois, pour les raisons expliquées dans nos écritures, la pertinence de cet élément est contestable, d'autant plus que la Commission du droit international elle-même n'a donné aucun exemple de la pratique qui étayerait ce point de vue. Enfin, la Cour suprême s'est référée à plusieurs arrêts qui peuvent difficilement être considérés

²⁹ Canada, Cour suprême, *Schreiber c. Canada (procureur général) et République fédérale d'Allemagne*, 12 septembre 2002, *ILDC*, 60 (CA 2002), par. 37.

³⁰ Observations de l'Allemagne sur la déclaration de la République hellénique du 3 août 2011, annexe 5.

comme pertinents étant donné que l'exception délictuelle n'était pas en cause dans les affaires concernées. Pour finir, afin d'étayer sa conclusion sur la non-applicabilité de l'exception délictuelle aux cas de conflit armé, la Cour suprême polonaise semble s'appuyer essentiellement sur un postulat — celui-là même sur lequel repose l'argumentation de l'Allemagne — à savoir que les demandes de réparation matérielle résultant d'actes de guerre doivent être réglées exclusivement au niveau interétatique par des traités de paix.

15. Puisque je parle de l'affaire *Natoniewski*, permettez-moi de faire une observation qui ne concerne pas strictement la question de la portée de l'exception délictuelle, mais qui met en lumière une différence importante entre l'affaire dont était saisie la Cour suprême polonaise et les affaires dont ont connu les juridictions italiennes. Presque à la fin de son arrêt, la Cour suprême polonaise a fait observer que la reconnaissance de l'immunité de l'Allemagne ne saurait être considérée comme une limitation inadmissible du droit à l'accès à la justice, puisque le plaignant avait à sa disposition d'autres moyens pour protéger ses droits, c'est-à-dire le recours aux tribunaux de l'Etat fautif³¹. L'observation du juge polonais est claire : il n'est pas justifié de lever l'immunité lorsqu'il existe d'autres moyens pour obtenir réparation. On trouve la même observation dans les arrêts d'autres cours — par exemple, dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *McElhinney*³². S'agissant des affaires présentées devant les cours italiennes, la position des plaignants était complètement différente. Ils n'avaient à leur disposition aucun autre moyen d'obtenir réparation des graves violations des règles impératives dont ils avaient été victimes.

35

16. Monsieur le président, à l'issue de cette analyse des éléments de la pratique des Etats, la seule indication qui peut en être tirée avec une relative certitude est que l'argument de l'Allemagne n'est pas étayé par la pratique des Etats. Pour parler simplement, rien n'indique qu'il y ait au sein des Etats un large consensus sur la non-applicabilité de l'exception délictuelle aux cas de conflit armé. Bien au contraire, la situation qui émerge de cette analyse présente des contours fort peu définis. Un nombre important d'Etats reconnaissent dans leur législation la compétence des juges nationaux à l'égard d'actes réalisés par un Etat étranger sur leur territoire, sans limitation liée aux conflits armés. D'autre part, quelques arrêts isolés excluent l'applicabilité de l'exception

³¹ *Ibid.*, p. 22.

³² Par. 39.

délictuelle dans les cas où les demandes de réparation font suite à des situations de conflit armé. En général, cependant, la jurisprudence est peu fournie. Bref, il n'y a pas de pratique uniforme des Etats en cette matière.

17. C'est précisément parce qu'il n'existe pas de pratique uniforme des Etats qu'il devient important de ne pas perdre de vue le fait qu'en la présente instance les préjudices en cause ne sont pas des préjudices ordinaires, mais de graves violations de règles impératives. Dans une opinion individuelle annexée à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Congo c. Rwanda*, le juge *ad hoc* Dugard a fait observer que face à des principes, une pratique des Etats et des précédents concurrents, la préférence doit être accordée à la solution qui donne effet à une norme du *jus cogens* (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Dugard, p. 90, par. 12). En ce qui concerne la question qui se pose en l'espèce, l'absence d'une pratique uniforme et cohérente indique qu'au moins dans les cas de graves violations de règles impératives, un Etat n'est pas tenu d'accorder l'immunité de juridiction à un Etat auteur d'actes illicites commis, en tout ou en partie, sur son territoire, même si ces actes sont liés à un conflit armé. Pour toutes ces raisons, l'argument de l'Allemagne concernant la non-applicabilité de l'exception délictuelle dans la présente affaire doit être rejeté.

36

Ceci conclut mon exposé. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, je vous remercie de votre aimable attention. Je demande au président de bien vouloir donner la parole à M. Dupuy, peut-être après la pause.

Le PRESIDENT: Je remercie M. Paolo Palchetti de son exposé. Je pense que le moment est bien choisi pour observer une pause-café de 15 minutes. Nous reprendrons donc l'audience à 16 h 10. L'audience est suspendue.

L'audience est suspendue de 15 h 50 à 16 h 10.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience reprend. Si j'en crois la liste des intervenants qui m'a été communiquée, le prochain orateur est M. Luigi Condorelli. Sauf erreur de ma part, je donne à présent la parole à M. Condorelli.

Mr. CONDORELLI:

**THE RIGHT TO REPARATION FOR VICTIMS OF SERIOUS VIOLATIONS
OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW**

Thank you, Mr. President, for allowing me to come to the podium for the second time this afternoon.

1. I do so because it seems necessary for the Respondent to react in some way to an objection which German counsel have consistently put forward in more or less identical terms, taking up remarks that appear as a sort of leitmotiv throughout the Applicant's written pleadings. For example, yesterday Professor Tomuschat took issue with both my colleague Salvatore Zappalà and the Agent of Greece, Professor Perrakis, regarding the question of the individual right to reparation for violations of international humanitarian law. The German argument may be summarized in a few words: it is acknowledged — it is moreover beyond dispute — that international law imposes an obligation of reparation on States with regard to violations of international humanitarian law; it is acknowledged that this obligation is an essential element of the “intransgressible” legal régime established for serious offences. However, it is argued that this is an inter-State obligation, which cannot be understood as giving rise to an individual's right to obtain reparation. In the absence of such a right to reparation, the individual — we are told — would have no legal entitlement under international law to raise claims before any court whatsoever, including of course the domestic courts.

37

2. Members of the Court, this topic has generated a huge amount of literature, an abundance of both domestic and international jurisprudence, weighty studies by learned societies, and well known policy statements by international bodies such as the General Assembly of the United Nations. The Agent of Greece offered a great deal of information on this subject last Wednesday. It goes without saying that I do not intend here to go back over this theme in any depth. I raise it only for the sake of some brief comments, with the aim of making clear why the question whether or not the right to reparation may be defined as an individual right in international law has no decisive implications for the settlement of the dispute before you. Let me go on to an aspect that does deserve to be brought to notice: the question whether or not an individual is the holder of the right that he or she invokes when appearing before a court is obviously a substantive issue, which

can only be resolved by the court seised of the case once it has verified that it is able to exercise jurisdiction.

38

3. Last Tuesday, Professor Zappalà argued that the crucial question in this case is not whether one can really speak of an individual right to reparation recognized as such in international law; what counts is the recognition that serious offences for which Germany indisputably bears responsibility have actually been committed, and this responsibility entails an obligation to provide appropriate reparation to the victims. While it is true, as we now well know, that the victims have not received the reparation due to them in law, it is also true that Germany has breached its international obligations and it thus appears logical to assume that the individual must be entitled to use the legal avenues available to him to obtain reparation. Of course, the question arises in this context whether existing domestic legal channels may or may not be used, or whether the principles of international law relating to the jurisdictional immunity of States form a barrier: but it is clear that the question of immunity cannot be confused with the question of ownership of the right to reparation.

4. Allow me to examine this matter in a little more detail, within the short time available to me. It is worth stressing one essential point. The most firmly established principles of international law provide that a State's obligation of reparation, in cases of injury to individuals, entails where appropriate "the obligation to make reparation for the damage caused to all the natural or legal persons concerned"; these were the terms used by your Court in the 2004 Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, where it also refers to violations of humanitarian law in particular. In so doing, the Court did not at all affirm a new principle deriving from the most recent trends in international law, as claimed by Germany³³: this is proved by the fact that the affirmation contained in your Advisory Opinion of 2004 which I just cited is explicitly based on the famous passage in the 1928 Judgment by your predecessor, the Permanent Court of International Justice, in the *Factory at Chorzów* case³⁴. A passage which — as is well known — is a veritable *locus classicus* of international law.

³³RG, para. 43.

³⁴*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 47.*

39

5. Can it be affirmed, given the undeniable obligation on States to make reparation for damage caused to individual victims of violations of humanitarian law, that it is perfectly conceivable that this ultimately implies recognition that the victim is entitled to obtain the reparation that international norms require the responsible State to provide? I shall not venture further down this path, especially since the reply to this question is not essential to the settlement of this dispute. However, I should like to make a single comment on this subject. We are all familiar with two important recent Judgments of your Court, in which you emphasized that international law norms of an utterly conventional nature regarding consular relations must be interpreted as giving rise not only to inter-State rights and obligations, but also to individual rights. I wonder whether the guidance contained in the Court's *LaGrand* and *Avena* Judgments should not be used as a basis for highly pertinent suggestions concerning the best way to interpret the significance of international norms laying down the obligation to make reparation for damage caused by the State to individual victims of serious violations of the norms of international humanitarian law. I recall, moreover, that in the two above-mentioned Judgments, the Court recognized the right of the individual to consular assistance, even though the relevant international norms do not give individuals any access to international mechanisms through which to assert their rights at the international level.

6. It is now time, however, to consider whether it is conceivable that the principle of international law imposing an obligation on States responsible for serious offences to offer reparation to the victims of such breaches may be implemented in domestic law: in the final analysis, that is the issue, that is what the Italian courts sought to achieve with the *Ferrini* judgment of 2004 and subsequently. Can it really be considered that this action by the Italian *Corte di Cassazione* was internationally wrongful because the relevant principle of international law is not self-executing, as is claimed by a number of experts and judges (including the European Court of Human Rights)? However, the Italian courts must apply general international law: this is stipulated in Article 10 (1) of the Italian Constitution. How can it be claimed that it breaches international law when it only conforms thereto by implementing it? The fact that the norm in question is not in itself self-executing certainly does not mean that it is not in force and that it is not binding on those to whom it is directed. By enforcing this norm on the basis of the principles and

rules of domestic law which grant the individual concerned the right to demand implementation of the international norm by the domestic courts, the Italian courts are not bringing the Italian legal order into conflict with international law but, on the contrary, contributing to the harmonization of the two systems.

Mr. President, that concludes the comments I wish to make to the Court. I thank you for your kind attention, Members of the Court, and would ask you, Mr. President, to be good enough to give the floor to Professor Dupuy.

40

Le PRESIDENT : Je remercie M. Luigi Condorelli de sa présentation. Je donne maintenant la parole à M. Pierre-Marie Dupuy.

Mr. DUPUY:

THE “UNDERLYING CONFLICT” BETWEEN THE NORMS OF APPLICABLE LAW AND THE QUESTION OF THE LAWFULNESS OF THE APPROACH OF THE DOMESTIC COURTS UNDER INTERNATIONAL LAW

1. Mr. President, Members of the Court, during the two rounds of argument conducted before you by our friends on the other side of the Bar, two aspects particularly struck the members of the Italian delegation. What we see is both an anguished presence and a disturbing absence; the presence is that of “*jus cogens*”, concerning which it is no exaggeration to say that its invocation appeared to us to denote a genuine anxiety, particularly manifest in one of the opposing counsel.

2. The absence, on the other hand, affects all our opponents: not one of them deemed it necessary to return to a substantive observation of cardinal importance, even though it was made only a short time ago by a gathering of particularly well-informed experts: that of the proven existence of an *underlying conflict*, in positive international law, between the rules on the immunity from jurisdiction of States, on the one hand, and claims relating to international crimes, on the other.

3. Before reviewing this second aspect in more detail, I should like to return to the first. Concerning *jus cogens*, Professor Kolb thought it necessary to evoke, and I quote, “the ever

threatening and ugly hydra of unilateralism” or the dangers of a “collapse” of the law which could result from its invocation³⁵, a catastrophe illustrated by the narration of a children’s fable.

41

4. He also emphasized the devastating effect of invoking human rights given the primacy — he used the word “primary” — which had inspired the Italian *Corte di Cassazione*³⁶, an approach likely in his view to sweep away entire swathes of international law, including the sacrosanct principle *pacta sunt servanda*³⁷. This apocalyptic narrative was barely tempered by the oh so furtive evocation of the call of a cuckoo arriving from the neighbouring forest to announce some sort of ill-defined spring³⁸.

5. Nevertheless, Members of the Court, you yourselves did not hesitate to invoke the existence of peremptory law in your Judgment of 2006 concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo*³⁹; *jus cogens* deserves neither the excessive honours nor the undignified treatment that Mr. Kolb seeks to bestow on it. *Jus cogens* is not just positive law, but equally it is not made in heaven any more than it is raised out of hell. *Jus cogens*, like other kinds of law, arises out of the consent of States. To be convinced of this, one need only look at the legendary Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which “a peremptory norm of general international law is a norm *accepted and recognized* by the international community of States as a whole” (emphasis added). And it is precisely its existence which places an obligation on courts, at least when its invocation is justified, to draw the appropriate conclusions.

6. That said, while it is true that the existence of *jus cogens* played a decisive role in the establishment of the jurisprudence of the Italian *Corte di Cassazione*, it is not necessarily the lynchpin of this case. I have already mentioned this point in connection with the rule contained in Article 16 of the ILC Draft Articles on State Responsibility⁴⁰, the application of which does not depend on the violation of a peremptory norm; the same is true of the existence of an *individual*

³⁵CR 2011/17, p. 51, paras. 4 and 5 respectively (Kolb).

³⁶*Ibid.*, para. 5.

³⁷*Ibid.*

³⁸CR 2011/17, p. 54, para. 8.

³⁹*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 64.*

⁴⁰CR 2011/18, p. 57, para. 16.

right, as noted in your jurisprudence in the *LaGrand* and *Avena* cases. And the same observation can moreover be made, at least in part, concerning specifically the “underlying normative conflict” to which the German pleadings, as we have already noted, fail to make any reference.

42 7. However, Mr. President, this omission is so crucial that it must be the subject of further development in this presentation. For this purpose, I shall take up two aspects in sequence: first the existence of this conflict, and then the consequences resulting therefrom for the domestic court seised of an application implicating a foreign State. I shall conclude with a few brief remarks on the function of the Court in this case.

1. The proven existence of an underlying conflict

8. Throughout its pleadings, Germany has made much of the fact that the *Corte di Cassazione* allegedly remained in splendid isolation, the only court in the world to have dared raise the question whether and to what extent recognition of the maintenance of jurisdictional immunity could be reconciled with the need to make reparation for the effects of international crimes. Our distinguished opponents have thus untiringly asserted the primacy of a sort of absolute procedural rule vis-à-vis any primary norm, even a peremptory one. No conflict, therefore no problem?

9. However, this conflict is in fact shown to exist by the proceedings and the discussions that took place between 2003 and 2009 between the members of the Institute of International Law, as well as by the final resolution adopted by a large majority, as was very ably described by one of its members, Professor Jean Salmon⁴¹.

10. One could then, of course, call into question the authority of this learned society; one is at liberty to condemn it for having dared to conclude that “the removal of immunity from proceedings in national courts is one way by which effective reparation for the commission of international crimes may be achieved”⁴². One is at liberty to consider that such a declaration marks out this highly respectable group of experts as an irresponsible outfit handling normative dynamite.

⁴¹J. Salmon, “La résolution de Naples de l’Institut de droit international sur les immunités de juridiction de l’Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux” (The Naples resolution of the Institute of International Law on the immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes) (10 September 2009), in *Revue belge de droit international*, 2009, pp. 316 *et seq.*, spec., pp. 331 *et seq.*

⁴²Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Rapporteur: Lady Fox, *Yearbook of the Institute of International Law — Naples session*, Vol. 73, 2009, p. 228.

Naturally, if this were the opinion of our German friends, it is understandable that they have maintained a prudent silence regarding the Naples resolution during these hearings, as several of the most eminent members of that subversive group are in fact here among us in this Hall and, in particular, in your Court!

43

11. Italy, for its part, has no difficulty in approving the terms of the resolution adopted in 2009, particularly when it states: “[p]ursuant to treaties and customary international law, States have an obligation to prevent and suppress international crimes”⁴³.

12. Equally, one cannot but agree with the view expressed by Mr. von Hoffman in plenary session that: “the traditional understanding was that immunity prevailed over human rights, but that today, a consensus was emerging that in cases of international crimes, the protection of human rights had to prevail”⁴⁴. It was moreover in the wake of that finding⁴⁵, shared by the majority of members, that the original text, pared down to its fundamentals, was moved to the preamble in the wording approved by the Institute, so as to read: “the underlying conflict between immunity from jurisdiction of States and their agents and claims arising from international crimes”⁴⁶.

13. Mr. President, Italy for its part attaches the highest importance to the observation made by an institution known worldwide for its expertise, its sagacity and its balanced judgment. It has to be noted, therefore, that the statement made by the Institute of International Law and the clarity with which it set about emphasizing the customary obligations of States in regard to international crimes and their effects, its insistence, in particular, on the fact that “[i]mmunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims . . . are entitled”, confirm that it is indubitably no longer possible today to adhere to a theory of absolute immunity from jurisdiction. However, it is to this outdated thesis that Germany has today reverted.

14. I use the word “reverted” advisedly, Mr. President; for it was in 1999, before the Committee on legal affairs of the United Nations General Assembly at its Forty-fourth Session,

⁴³Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Rapporteur: Lady Fox, Art. II, 2.

⁴⁴Mr. von Hoffman (PV No. 5).

⁴⁵MM. Ranjeva, Treves and Pellet (PV No. 5).

⁴⁶Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Rapporteur: Lady Fox, *Yearbook of the Institute of International Law* — Naples session, Vol. 73, 2009, p. 228.

that Mr. Westdickenberg, Legal Adviser to the German Ministry of Foreign Affairs at the time, declared:

44

“Recent developments in State practice and legislation [have] shown that the issue of jurisdictional immunity in the case of violations by acts of States of human rights norms having the character of *jus cogens* was central to the subject of jurisdictional immunity and deserved further attention.”⁴⁷

15. His successor, on the other hand, Ambassador Wasum-Rainer, declared forcefully at this podium on 12 September last: “the basis for State immunity is not to be found in the character of the legal norm which was allegedly violated, but in the character of the act as a State act which can, by its very nature, not be subject to the jurisdiction of another State”⁴⁸. She thus let it be clearly understood, as she said subsequently, that immunity cannot be subject to any exception: “once State immunity has been perforated there is no reason not to extend the exceptions to a range of other areas”⁴⁹.

16. The Court will have noted the difference, not only in tone but in content, between the two declarations, 12 years apart. It has to be observed, therefore, that unlike the Institute of International Law, which found that the law was developing along the lines that it indicated, Germany, in the meantime, has decided to reverse gear and go back in history to arrive at a theory of absolute immunity.

17. Consequently, the domestic courts should, according to Germany, automatically rule that they lack jurisdiction *solely on account of the fact* that a claim for reparation of crimes against humanity is directed against a foreign State. Italy can only deplore this change in Germany’s way of thinking.

18. Be that as it may, let us now look at the consequences for the national courts of the proven existence of a normative conflict between immunity and reparation for damage caused by international crimes.

⁴⁷UN, doc. A/C.6/54/SR.15 of 8 November 1999, meeting of 25 October 1999, p. 6, para. 56.

⁴⁸CR 2011/17, p. 17, para. 10.

⁴⁹*Ibid.*

2. The consequences of the existence of the underlying conflict

45

19. Although I could mention others, there are three main consequences. *The first concerns the need for the domestic court, once an application for reparation for the consequences of a crime has been brought before it, to consider whether or not it may have jurisdiction, despite the fact that the application is directed against a foreign State.* By definition, precisely because immunity should not, as the Naples resolution says, constitute an obstacle to reparation, the court must not stop at the threshold of the case, but should instead consider each of its terms and elements. While it must not forget that, as a general rule, an action against the consequences of State acts “*jure imperii*” is prevented by the effect of sovereign immunity, it must also weigh that principle against the need to allow victims access to reparation. It will then be prompted to ascertain whether there are alternative remedies, as the Polish Supreme Court did in the *Natoniewski* case, and to take into consideration all the legal and factual elements determining the actual position of those who suffered the damage in question.

20. *There is a second consequence which, at this stage, is actually merely an extension of the first:* the court, taking account of the fact that State practices are not — as we have just seen — developing uniformly, must consider the balance of interests involved. As Professor Condorelli pointed out on Tuesday, the cost of immunity for the State required to grant it is considerable, since it is compelled to accept major limitations on its own sovereignty in the exercise of its judicial function, by denying individuals access to guarantees which protect their rights⁵⁰. In other words, it would not be presenting the full picture to claim that any infringement of State immunity is merely an infringement of sovereignty, since the opposite is equally true: that respecting immunity also involves the infringement of other sovereign rights, not those of the State protected by immunity, but those of the State whose courts are prevented from exercising their jurisdiction in order to safeguard individual victims.

21. It is therefore necessary that a court whose jurisdiction is in question *should not be too quick to choose not to exercise it.* It should first consider and then decide.

22. This is the philosophy of the Institute of International Law, but it is a philosophy which is once again the very opposite of Germany’s position, or its most recent one, at least. It is,

⁵⁰CR 2011/17, p. 18, para. 6.

46

however, this concern for *proportionality* which has constantly guided the European Court of Human Rights in its decisions. This is the third consequence of the existence of the underlying conflict: the search for proportionality. If we return to the case law of the European Court of Human Rights, we can see that, for instance, in the *Fogarty v. United Kingdom* judgment, which itself refers to the judgment in *Waite and Kennedy v. Germany*, the Strasbourg Court was careful to say “Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved”⁵¹. This same point was also referred to by the *Al-Adsani* judgment itself, as well as the *McElhinney* judgment, when it states that “In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation.”⁵²

23. In other words, Mr. President, Italy considers that, in a situation where the law is not yet uniform, there is nevertheless an approach which the courts can take on the principle of immunity, weighing it against the need for reparation. We find the same approach, following the line taken by the European Court of Human Rights, in the judgment of the French Court of Cassation earlier this year which I cited on Tuesday, when it considers

“that the right of access to a court enshrined in the European Convention for the Protection of Human Rights may lawfully be restricted by the principle of the jurisdictional immunity of foreign States *only* if that limitation pursues a legitimate aim and if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved”⁵³ [*translation by the Registry*].

This demonstrates the unifying role of the case law of the European Court of Human Rights; we might also cite, as Professor Palchetti did a moment ago, the *Natoniewski* judgment by the Polish Supreme Court.

24. By definition, the search for proportionality emphasized by the domestic and international courts would be impossible if we followed Germany’s radical approach in which, as

⁵¹ECHR, *Fogarty v. United Kingdom*, No. 37112/97, para. 33; *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], No. 26083/94, ECHR 1999-I, para. 59.

⁵²*Ibid.*, *McElhinney v. Ireland*, No. 31253/96, para. 34; *Al-Adsani v. the United Kingdom*, No. 35763/97, para. 53.

⁵³French Court of Cassation, First Civil Chamber, public hearing of 9 March 2011, appeal No. 09-14743, published in the *Bulletin*. See the third recital. <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/3274771-cour-de-cassation-civile-chambre-civile-1-9-mars-2011-09-14-743-publie-au-bulletin>.

47 soon as an act attributable to a foreign State is brought before a domestic court, the judge is forbidden to enter the temple of the law, just as in the Kafka novel.

25. So, Mr. President, Members of the Court, I have rather reluctantly to ask you, who is isolated here? Is it the Italian Court of Cassation in its shared desire for proportionality, or Germany in its pugnacious determination to return to the old days of radical immunity? Let us briefly examine how the Italian courts approach this sensible search for proportionality, which never pre-empts the final decision of the court in question.

26. I will not go over what I told you on Tuesday, Mr. President, when I drew the Court's attention to the fact that the Italian Court of Cassation had weighed up, on the basis of Article 10 of the Constitution, *both* the continuing validity of the principle of immunity *and* the affirmation today of the need to prosecute those who commit crimes and to remedy the effects of those crimes⁵⁴. I will simply remind you how we have all, on this side of the Bar, constantly stressed the four elements which characterize the *Ferrini* case as a borderline case, and how their *conjunction* led the court to set aside jurisdictional immunity. Do I really need to go through them again? Applicants who have spent the last *50 years* vainly seeking reparation; for the consequences of *war crimes and crimes against humanity*; for which Germany had *admitted* that it should bear responsibility; but for which it *refused to provide reparation*, whether through diplomatic channels or the courts.

27. I would point out, in passing, that this has nothing to do with relying on the theory that exceptional circumstances may preclude unlawfulness, which our opponents kept on referring to yesterday, without actually providing any evidence; on the contrary, it is all about taking into consideration, in the careful assessment of the balance of interests — yes, that again — all the elements capable of swinging that balance towards immunity or towards setting it aside. States and their courts have a certain margin of appreciation here, as the Strasbourg court said.

48 28. At this stage, and still on the subject of analysing the court's approach in the *Ferrini* case, I feel I must briefly return to two points, because our German colleagues have focused on them so insistently: first, whether or not Mr. Ferrini really had exhausted the possibilities offered

⁵⁴CR 2011/18, pp. 59-60, paras. 23 and 24.

by Germany for obtaining reparation; and second, whether or not the position adopted by the *Corte Suprema* risked opening up enormous scope for “forum shopping” in future, a sort of huge universal bazaar where you could pick and choose your court as you would your shopping, thanks to which, as Mr. Kolb so movingly lamented, anyone would be able to do absolutely anything.

29. On the first point, to cut a long story short, the statements made by Professor Tomuschat and Ms Wasum-Rainer⁵⁵, that Mr. Ferrini had not taken his case to the German courts, do not reflect what actually happened. The actions which he brought in Germany were non-judicial, it is true, and we will explain why; but they were brought before the competent administrative authorities. First of all, in 1996, he was refused on the ground that admission to reparation for war damage, which he invoked, was not open to foreign nationals; he was refused a second time, by the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation after it was set up, on the ground that the Kalha concentration camp in which Mr. Ferrini was interned at the age of 18 was not on the Foundation’s list of camps. When the Foundation finally agreed to consider Mr. Ferrini’s application following appeals by his lawyer, Mr. Lau, who is here in the chamber today, it offered him a token sum, and even then only on certain conditions.

30. The Foundation knew that in 1998, having seen more and more judgments from the German courts all dismissing applications identical to his own, Mr. Ferrini had instituted proceedings before the court in Arezzo. The Foundation offered him this paltry sum on condition that he dropped his case before the Italian court. The German courts’ decisions which formed the basis for Mr. Ferrini’s application to the Arezzo court, all of them negative, as I said, are listed in the 2003 judgment of the German Constitutional Court reproduced in Annex 11 to Italy’s Counter-Memorial. That judgment finally put an end to any hope of reparation for the Italian victims of forced labour. We can see from this that Mr. Ferrini’s quest for reparation was in vain and that he knew it would remain so, given the German courts’ negative attitude.

49

31. Finally, the argument put forward on Tuesday by Professor Kolb that accepting the lawfulness of the Italian Supreme Court’s decision would be opening the floodgates to “forum shopping”⁵⁶ is also worth examining, even though Professor Palchetti has already touched on this.

⁵⁵CR 2011/20, p. 14, para. 11 (Wasum-Rainer); p. 25, para. 21 (Tomuschat).

⁵⁶CR 2011/17, pp. 56, 2, para. 14.

In actual fact, as I said on Tuesday, the Italian Court of Cassation adopted a very specific, almost processualist approach, similar to a sort of “principle of complementarity”, but here, of course, between the *civil* courts of two groups of clearly identified States. And not just any States. First comes the responsible State, in this case Germany, whose administrative and judicial remedies must be considered on the basis of the legitimate expectations of access to reparation which they create. Secondly, if no reparation is obtained, the case may be brought not before the courts of just any other State — there is absolutely no analogy with universal jurisdiction in criminal matters — but only before the courts of the State of which the victim is a national, according to the Court of Cassation.

32. It should be noted that as early as 1983, in an article which appeared in the *British Yearbook of International Law*, Professor Crawford, following the *Letelier v. Chile* case and on the basis of the finding that State jurisdictional immunity for acts *jure imperii* was no longer absolute, highlighted the lawfulness of civil action before the national courts of the victim for damage caused by an internationally wrongful act of a foreign State. He certainly did not make such an initiative before those courts conditional upon the prior unsuccessful exhaustion of the internal remedies of the responsible State⁵⁷. Are such actions not therefore all the more possible where those remedies have been pursued, as suggested in this case by the Italian Supreme Court, it being understood that there is no need here, any more than in the separate context of diplomatic protection, for all remedies to have actually been exhausted if it was obvious that they would not succeed⁵⁸?

50

33. The fact remains that, in the *Ferrini* case and those which followed, the court’s approach was consistent with the overall view that the domestic courts of a State may not consider setting aside the immunity of another foreign State *unless* the courts in question, no reparation having been obtained before the courts of the responsible State, are those of the victim’s national State.

34. This late in the day, Mr. President, there is no time for me to go through all the claims made by Professor Kolb in particular in his oral arguments yesterday. I would simply make the point that Italy is clearly not abandoning any of the arguments it presented to you in its written

⁵⁷J. Crawford, “International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions”, *British Yearbook of International Law*, 1983, pp. 75 *et seq.*, spec., pp. 110-112.

⁵⁸*Ellettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1989*, paras 62-63.

pleadings or the first round of oral argument. That applies particularly to the Italian courts' view, following the line taken by the German and Swiss constitutional courts, that they could not become complicit in perpetuating a wrongful act committed by another State, a view to which no substantive response has been given by my distinguished opponent, who was unable to deny that the judgments reported had a *ratio legis*, or that this was well founded.

3. Conclusion

35. The existence, acknowledged by the most experienced internationalists, of an underlying conflict in positive law between immunity and the need to ensure reparation for the damage caused by crimes produces certain consequences, which I shall conclude by describing in so far as they relate to the role of the Court.

36. Taking into consideration the difficult position of the domestic courts, given that positive law is in transition and has not yet reached a new phase of stability, the Court is not being asked to develop its own legislation or, on the contrary, to say that positive law is one single, fixed rule, when it no longer is.

On Tuesday I described a fundamental trend in which the domestic courts are increasingly often being asked to assess the international lawfulness of acts of another State, in the present case a foreign State. Given that there is every indication that this trend is likely to be irreversible, the Court has the opportunity in the present case, precisely in order to avoid the risk of arbitrary decisions, to hand down a ruling without preventing the law from developing. It can do so while still respecting sovereign will, by laying down markers and setting the normative and methodological limits within which those courts must seek to balance the interests involved.

51

37. Faced with this conflict of interests between rival sovereignties, I hope the Court will not mind if I urge it once again to return to the soothing banks of the Thames. It was there that Hersch Lauterpacht — yes, again — declared in 1933, still well before the recognition that subsequently led to his knighthood, and as if he sensed the sound and fury of times to come:

“No doubt it is true to say that international law is made for States, and not States for international law; but it is true only in the sense that the State is made for human beings, and not human beings for the State.”⁵⁹

⁵⁹ Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 430-31 (1933).

Thank you, Mr. President, and I would ask you now to give the floor to the Agent of the Italian Republic.

Le PRESIDENT : Je remercie M. Pierre-Marie Dupuy de sa présentation. J'invite maintenant M. l'ambassadeur Aiello, agent de l'Italie, à présenter ses conclusions finales.

M. AIELLO :

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, la République italienne apprécie beaucoup le travail qu'accomplit la Cour internationale de Justice, principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies. C'est pourquoi l'Italie a accepté sans hésiter que la présente affaire soit portée devant la Cour. Elle est de plus convaincue que votre arrêt en l'espèce renforcera encore les bonnes relations entre l'Italie et la République d'Allemagne.

2. Monsieur le président, alors que nous approchons de la fin d'une semaine d'audiences, je souhaite réitérer la demande de l'Italie tendant à ce que, pour les raisons exposées dans nos écritures et lors de nos plaidoiries, la Cour dise et juge que les demandes de l'Allemagne sont sans fondement. Il est toutefois entendu, comme je l'ai dit dans mon introduction lundi, que l'Italie n'aurait aucune objection à ce que la Cour décide de lui ordonner d'obtenir la mainlevée de l'hypothèque inscrite sur la Villa Vigoni.

52

3. Avant de conclure, nous souhaitons vous exprimer, Monsieur le président et Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, nos remerciements sincères pour l'aimable attention et l'écoute réfléchie que vous avez réservées à nos plaidoiries. Qu'il me soit aussi permis de remercier en particulier le greffier, ainsi que tout son personnel, d'avoir assuré le bon déroulement de ces audiences et l'administration efficiente de toute l'affaire. Nous remercions aussi traducteurs et interprètes pour leur travail remarquable.

4. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les Membres de la Cour, le Gouvernement italien conclura en réaffirmant le respect indéfectible que lui inspirent depuis toujours les décisions de la plus haute juridiction mondiale. Nous sommes convaincus que l'arrêt de la Cour marquera un tournant positif dans l'évolution de l'immunité juridictionnelle des Etats, un domaine du droit de la plus haute importance pour toutes les nations.

5. Enfin, je tiens à remercier nos amis, les membres de la délégation allemande, d'avoir coopéré avec nous tout au long de cette procédure.

Je vous remercie, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Je vous remercie Monsieur l'ambassadeur pour votre exposé, qui vient clore les observations de l'Italie. La Cour prend acte des conclusions finales dont vous venez de donner lecture au nom de l'Italie, comme elle a pris acte, le jeudi 15 septembre, de celles de l'Allemagne.

Plusieurs juges souhaitent à présent prendre la parole pour poser des questions aux deux Parties, à l'une d'elles ou à l'Etat intervenant.

J'invite MM. les juges Simma, Bennouna et Cançado Trindade, et M. le juge *ad hoc* Gaja, qui ont des questions, à prendre la parole.

Je donne la parole, par ordre de préséance, à M. le juge Simma, qui souhaite poser une question à l'Italie.

Le juge SIMMA : Je vous remercie Monsieur le président. L'Italie considère que la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ne couvre pas — et ne peut pas couvrir — les graves violations du droit international humanitaire commises par l'Allemagne contre des Italiens. Selon le défendeur, le droit international faisait en 1947 déjà et fait jusqu'à aujourd'hui obligation à l'Italie de ne pas renoncer à des réclamations visant à engager la responsabilité de l'Allemagne à raison de telles violations. Etant donné la grande importance attachée par l'Italie à ces réclamations, je souhaiterais poser la question suivante, d'ordre factuel :

53

Pourriez-vous décrire en détail les tentatives faites par le Gouvernement italien pour amener l'Allemagne, par la voie diplomatique, à accorder réparation aux victimes italiennes des crimes de guerre allemands, c'est-à-dire précisément à la catégorie de victimes italiennes prétendument exclues du bénéfice des mesures de réparation accordées par l'Allemagne pendant la période comprise entre la conclusion du traité de paix de 1947 et l'affaire *Ferrini*. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, M. le juge Simma. Je donne à présent la parole à M. le juge Bennouna, qui souhaite poser une question à l'Allemagne.

Judge BENNOUNA : Thank you, Mr. President. Indeed, my question is addressed to the delegation of Germany and is the following: if no other remedy is available for individual victims of serious violations of human rights or humanitarian law committed on their territory by a foreign State, would it be admissible for the latter to raise a plea of immunity from jurisdiction *jure imperii* before the courts of the forum State? Thank you, Mr. President.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, M. le juge Bennouna. Je donne à présent la parole à M. le juge Cançado Trindade, qui souhaite poser une question aux deux Parties et à la Grèce en sa qualité d'intervenant.

Judge CANÇADO TRINDADE: Thank you, Mr. President. In order to maintain the linguistic balance of the Court, I will put my questions in the other language of the Court. Three questions to Germany and Italy and one to Greece.

La première question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante : à la lumière des arguments que vous avez développés pendant ces audiences publiques et au vu des accords de règlement conclus en 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, quelle est la portée exacte des clauses de renonciation contenues dans ceux-ci et de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ? La question des réparations peut-elle être considérée comme totalement close aujourd'hui, ou certains de ses aspects demeurent-ils en suspens ?

54 La deuxième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante : l'exception délictuelle (applicable aux actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for) est-elle limitée aux actes *jure gestionis* ? Peut-elle l'être ? Les actes *jure imperii* connaissent-ils également une telle exception? Comment les crimes de guerre peuvent-ils être considérés comme des actes *jure* — je répète *jure* — *imperii* ?

La troisième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante : les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement ont-elles effectivement été indemnisées ? Si tel n'est pas le cas, ont-elles droit à une telle réparation et comment peuvent-elles être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne ? Peut-on encore

considérer que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique ? Le droit à réparation est-il lié au droit à l'accès à la justice *lato sensu* ? Et quelle est la relation entre ce droit à l'accès à la justice et le *jus cogens* ?

Et, enfin, la question que j'adresse à la Grèce est la suivante : dans l'ordre juridique grec, quels sont les effets juridiques de la décision du Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos* sur la décision de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo* ? Cet arrêt de la Cour de cassation est-il toujours en attente d'exécution dans l'ordre juridique grec et au-delà ? Je vous remercie, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, M. le juge Cançado Trindade. J'invite à présent M. le juge *ad hoc* Gaja à poser sa question, qui s'adresse aux deux Parties.

Le juge *ad hoc* GAJA : Je vous remercie, Monsieur le président. Ma question, qui s'adresse aux deux Parties, est la suivante : Une renonciation formulée par l'Etat A, également au nom de ses nationaux, relativement à une catégorie de réclamations à l'encontre de l'Etat B, implique-t-elle que l'Etat B jouit de l'immunité de juridiction si un national de l'Etat A saisit les tribunaux de celui-ci d'une réclamation entrant dans cette catégorie ? Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, M. le juge *ad hoc* Gaja. Le texte de ces questions sera communiqué aux Parties et à la Grèce dès que possible. Les Parties et la Grèce sont invitées à fournir leurs réponses par écrit au plus tard le vendredi 23 septembre à 18 heures. Toute observation que les Parties ou la Grèce souhaiteraient faire sur ces réponses écrites devra être présentée au plus tard le vendredi 30 septembre à 18 heures.

55

Voilà qui nous mène à la fin des audiences en l'affaire. Je voudrais remercier les agents, conseils et avocats des deux Parties et de la Grèce pour leurs exposés. Conformément à la pratique, je prierai les agents de rester à la disposition de la Cour pour tous renseignements complémentaires dont celle-ci pourrait avoir besoin.

Sous cette réserve, je déclare maintenant close la procédure en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. La Cour va à présent se retirer pour délibérer. Les agents des Parties et de l'Etat intervenant seront avisés en temps utile de la date à laquelle la Cour rendra son arrêt.

La Cour n'étant saisie d'aucune autre question aujourd'hui, l'audience est levée.

L'audience est levée à 17 h 10.
