

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BENNOUNA

Evolution de la règle coutumière de l'immunité — Mutation du concept de souveraineté — Lien entre le droit de la responsabilité internationale et le droit de l'immunité de juridiction — Droit d'accès à la justice — Circonstances exceptionnelles permettant la levée de l'immunité — Unité du droit international — Conception mécaniste de l'œuvre judiciaire.

1. Tout en me ralliant au dispositif de l'arrêt de la Cour qui a conclu à la violation par l'Italie, dans le différend qui l'oppose à l'Allemagne, de l'immunité de juridiction de celle-ci (arrêt, par. 139, point 1)), je ne peux cependant faire mienne l'approche adoptée par la Cour ni accepter la logique de son raisonnement.

2. On sait que la portée du principe de l'immunité de juridiction des Etats a divisé et continue de diviser les Etats, même si l'on assiste à une tendance au rapprochement, dans le contexte de la mondialisation.

3. En effet, partant d'une conception absolue de la souveraineté, les Etats en avaient déduit une conception tout aussi absolue de l'immunité, consistant en ce que l'un d'entre eux puisse se soustraire en toutes circonstances à la compétence des tribunaux de l'autre.

4. Mais la mutation sensible du concept de souveraineté, sous l'effet de la diversification des acteurs internationaux et des avancées du droit international, a conduit de nombreux Etats à adapter et à relativiser leurs positions en ce qui concerne l'immunité de juridiction, en la limitant essentiellement aux actes de souveraineté (*jure imperii*) par opposition aux actes d'ordre privé et commercial (*jure gestionis*). Cependant, la ligne de séparation entre ces deux catégories d'actes n'est pas toujours facile à tracer. Quant aux législations nationales, peu nombreuses, elles sont loin d'être homogènes, comme le rappelle d'ailleurs la Cour (*ibid.*, par. 71), et il en est de même de la jurisprudence des tribunaux des différents Etats, ce qui fait que le droit de l'immunité juridictionnelle donne l'impression d'un pavillon qui recouvre toutes sortes de marchandises.

5. De fait, des législations sont adoptées par les Etats autorisant leurs tribunaux à connaître de certaines activités des Etats étrangers, sans s'appuyer pour cela sur le droit international en matière d'immunités. C'est ainsi qu'en 1996 les Etats-Unis ont amendé leur propre législation pour que leurs tribunaux puissent connaître de recours en responsabilité civile contre des Etats étrangers que le Gouvernement américain viendrait à désigner «soutien[s] du terrorisme» (Etats-Unis d'Amérique: Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers), 28 *USC*, art. 1605A). En conséquence, la doctrine s'est interrogée sur la limite du pouvoir des Etats de légiférer en la matière, en relation avec la règle coutumière de l'immunité.

SEPARATE OPINION OF JUDGE BENNOUNA

Evolution of the customary rule of immunity — Change in the concept of sovereignty — Link between the law of international responsibility and jurisdictional immunity — Right to have access to justice — Exceptional circumstances allowing the lifting of immunity — Unity of international law — Mechanical conception of the judicial task.

1. Although I agree with the operative part of the Court's Judgment, which finds that, in the context of its dispute with Germany, Italy violated the latter's jurisdictional immunity (Judgment, para. 139 (1)), I cannot, however, endorse the approach adopted by the Court, or support the logic of its reasoning.

2. As we know, the scope of the principle of State jurisdictional immunity has divided, and continues to divide, opinions among States, despite an emerging trend towards rapprochement, in the context of globalization.

3. Thus, starting from an absolute concept of sovereignty, States had inferred an equally absolute concept of immunity, which allowed one State to claim immunity from the jurisdiction of another's courts under all circumstances.

4. However, a noticeable change in the concept of sovereignty, brought about by the diversification of international actors and by advances in international law, led a number of States to adapt and relativize their positions on jurisdictional immunity, essentially restricting it to acts of sovereignty (*jure imperii*), as opposed to private and commercial acts (*jure gestionis*). Nevertheless, the line between these two categories is not always easy to draw. Regarding the domestic laws, they are few in number and far from being consistent, as the Court points out (*ibid.*, para. 71); the same can be said of the case law of the various States, which means that the law of jurisdictional immunity still gives the impression of being a flag which covers all kinds of goods.

5. In practice, States have enacted legislation authorizing their courts to rule on certain activities by foreign States without necessarily basing themselves on international law governing immunity. Thus in 1996, the United States amended its legislation to enable its courts to entertain civil liability claims against foreign States designated by the United States Government as "sponsor[s] of terrorism" (United States of America, Foreign Sovereign Immunities Act 1976, 28 *USC*, Sec. 1605A). As a result, scholars have raised the question of the limits on the power of States to legislate in this area, in light of the customary rule of immunity.

6. Cette situation est encore plus complexe si l'on considère l'introduction, d'abord dans la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (art. 11), puis dans la convention des Nations Unies de 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (art. 12), de l'exception dite territoriale ou délictuelle («tort exception»), sans distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Cette exception devrait s'appliquer, en effet, aux atteintes aux personnes et aux biens, sur le territoire de l'Etat du for, sans prendre en compte la finalité ou l'objet de l'activité en question.

7. Par ailleurs, la responsabilité de l'Etat est désormais indissociable de l'exercice par celui-ci de son pouvoir souverain. Il est responsable tout d'abord à l'égard de sa propre population, qu'il a le devoir de protéger, mais aussi du fait d'actes qui lui sont attribuables commis en dehors de son territoire et portant préjudice à la population d'un autre pays.

8. Ce caractère indissociable de la responsabilité et de l'exercice de la souveraineté fait que c'est en assumant, s'il y a lieu, la première que l'Etat peut justifier sa revendication de l'immunité devant les tribunaux étrangers au titre du principe de l'égalité souveraine. Autrement dit, l'octroi par ceux-ci de l'immunité ne peut, en aucun cas, signifier une exonération de la responsabilité de l'Etat concerné, elle ne peut que différer l'appréciation de celle-ci devant d'autres instances diplomatiques ou judiciaires. L'égalité souveraine n'a de sens que si elle s'accompagne d'une égalité dans le respect de la légalité internationale.

9. Il convient de souligner que, lorsqu'elle se pose dans le cas de crimes internationaux, comme dans le présent litige, la question de l'immunité de juridiction soulève des problèmes éthiques et juridiques essentiels pour la communauté internationale dans son ensemble, problèmes qu'on ne peut écarter en se cantonnant dans la qualification de l'immunité comme une simple question de procédure.

10. L'Allemagne reconnaît d'ailleurs, comme le relève la Cour, «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens», lesquels constituent des actes illicites qui engagent sa responsabilité (arrêt, par. 52). Mais la Cour se contente de considérer comme «surprenant — et regrettable — que l'Allemagne ait refusé d'accorder réparation à un groupe de victimes au motif que celles-ci auraient eu droit à un statut que, à l'époque pertinente, elle a refusé de leur reconnaître» (*ibid.*, par. 99).

11. A mon avis, la Cour ne pouvait en rester là, que ce soit au niveau des principes ou des conséquences qu'il convient d'en tirer dans le cas considéré. Au niveau des principes, tout d'abord, la Cour avait déjà clairement affirmé que «l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte» (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 244, par. 196).

6. The situation is further complicated by the introduction, first in the 1972 European Convention on State Immunity (Art. 11) and then in the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Art. 12), of the so-called “tort exception”, which makes no distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. Thus, that exception is intended to cover injuries to persons and property in the territory of the forum State irrespective of the aim or purpose of the activity in question.

7. Furthermore, the responsibility of the State is now indissociable from the exercise of its sovereign power. The State is responsible, first, for its own population, which it has a duty to protect, but it is also responsible for acts attributable to it, committed outside its territory and injuring the population of another country.

8. The fact that responsibility is thus indissociable from the exercise of sovereignty means that, when assuming responsibility, a State can justify its claim to immunity before foreign courts on the basis of the principle of sovereign equality. In other words, the granting of immunity by those courts can in no sense mean that the State concerned is exonerated from responsibility; it merely defers consideration of that responsibility to other diplomatic or judicial bodies. Sovereign equality is only meaningful if it is accompanied by equality in terms of respect for international legality.

9. It should be emphasized that, when it arises in connection with international crimes, as in the present dispute, the question of jurisdictional immunity raises fundamental ethical and juridical problems for the international community as a whole, which cannot be evaded simply by characterizing immunity as a simple matter of procedure.

10. Furthermore, as the Court notes, Germany acknowledges the “untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres, and on former Italian military internees”, and that these were unlawful acts, engaging its responsibility (Judgment, para. 52). However, the Court is content to take the view that it is “a matter of surprise — and regret — that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize” (*ibid.*, para. 99).

11. In my view, the Court could not simply leave the matter there, whether in terms of principles or of the consequences to be drawn in this case. With respect to the principles, firstly, the Court had already clearly stated that “the State notifying a foreign court that judicial process should not proceed, for reasons of immunity, against its State organs, is assuming responsibility for any internationally wrongful act in issue committed by such organs” (*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2008*, p. 244, para. 196). In this case, Germany invokes its immunity as a State on account of crim-

En l'occurrence, l'Allemagne revendique l'immunité en tant qu'Etat pour des actes criminels commis par ses organes et qui lui sont attribuables; elle doit en assumer la responsabilité.

12. La résolution de l'Institut de droit international, adoptée à la session de Naples en 2009, sur «l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux», contient précisément un article II, intitulé «Principes», qui replace les immunités dans leur contexte (paragraphe premier), consistant non à contourner les règles du droit international, mais à permettre aux tribunaux de prendre en compte l'égalité souveraine des Etats dans l'exercice de leurs propres compétences respectives:

«1. Les immunités sont accordées en vue d'assurer conformément au droit international une répartition et un exercice ordonnés de la compétence juridictionnelle dans les litiges impliquant des Etats, de respecter l'égalité souveraine de ceux-ci et de permettre aux personnes qui agissent en leur nom de remplir effectivement leurs fonctions.» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, session de Naples (Italie), 2009.)

13. Il aurait donc été nécessaire pour la Cour de souligner, dans cette affaire, que l'Allemagne, qui reconnaît l'illicéité des actes commis contre le groupe de victimes en question, en particulier les anciens internés militaires, dont M. Luigi Ferrini, doit en assumer, en principe, la responsabilité, et que c'est à cette condition qu'elle devrait bénéficier de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for.

14. En outre, du point de vue des conséquences à tirer du principe de responsabilité, la Cour considère que

«les demandes résultant du traitement des internés militaires italiens..., ainsi que d'autres réclamations de nationaux italiens qui resteraient à régler — qui ont été à l'origine des procédures italiennes — pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux Etats en vue de parvenir à une solution» (arrêt, par. 104).

A mon avis, plus qu'une simple possibilité ouverte à l'Allemagne de négocier, il s'agit pour elle d'assumer sa responsabilité internationale, en concertation avec l'Italie, afin de compléter les mesures qu'elle a prises depuis la seconde guerre mondiale pour couvrir les catégories de victimes qui en ont été exclues.

15. Ainsi, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'Etat présumé auteur des faits illicites rejette toute mise en cause de sa responsabilité, sous quelque forme que ce soit, qu'il pourrait perdre le bénéfice de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for. Le droit des personnes concernées d'avoir accès à la justice de leur pays s'imposerait alors, faute pour l'Etat en cause de se soumettre aux principes fondamentaux du droit dont il se réclame lui-même par ailleurs.

inal acts carried out by its organs and attributable to it; and it must assume responsibility for these acts.

12. The resolution of the Institute of International Law, adopted at the 2009 Naples Session, concerning “the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes” contains an Article (Art. II), entitled “Principles” that puts immunities in their context (first paragraph), which is not to evade the rules of international law, but to enable the courts to take account of the sovereign equality of States in the exercise of their respective jurisdictions:

“1. Immunities are conferred to ensure an orderly allocation and exercise of jurisdiction in accordance with international law in proceedings concerning States, to respect the sovereign equality of States and to permit the effective performance of the functions of persons who act on behalf of States.” (*Annuaire de l’Institut de droit international*, Vol. 73, Naples Session (Italy), 2009.)

13. In this case, therefore, the Court should have observed that Germany, which recognizes the unlawfulness of the acts committed against the group of victims in question, in particular the former Italian military internees, including Mr. Luigi Ferrini, is obliged in principle to assume its responsibility for those acts, and that it is subject to that condition that Germany should enjoy immunity before the courts of the forum State.

14. Moreover, with respect to the consequences deriving from the principle of responsibility, the Court considers that

“the claims arising from the treatment of the Italian military internees . . . , together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled — and which formed the basis for the Italian proceedings — could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue” (Judgment, para. 104).

In my view, rather than regarding this simply as a possible subject of negotiation, Germany should assume its international responsibility and, in consultation with Italy, supplement the measures it has taken since the Second World War, so as to cover the categories of victims excluded therefrom.

15. Thus, it is only in exceptional circumstances — when a State presumed to be the author of unlawful acts rejects any engagement of its responsibility, in whatever form — that a State could lose the benefit of its immunity before the courts of the forum State. The right of the individuals concerned to have access to justice in their own country would then take precedence, where the State in question had refused to submit to the fundamental principles of law — on which, moreover, it was itself relying.

16. De telles circonstances exceptionnelles ne peuvent être ignorées, à mon avis, ni par le juge national ni par le juge international et, si c'était le cas, cela ouvrirait la voie à des abus qui sont susceptibles de saper les fondements mêmes de la légalité internationale.

17. La vigilance du juge devrait être toujours à l'affût pour faire prévaloir en dernier ressort le droit et la justice, ainsi que l'a rappelé Rosalyn Higgins :

« Une exception [l'immunité souveraine] aux règles normales en matière de compétence ne doit être admise que lorsque le droit international l'exige, c'est-à-dire lorsqu'elle est conforme à la justice et à la protection équitable des parties. Elle ne doit pas être admise « de plein droit ». » (« Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity », *Netherlands International Law Review*, vol. 29, 1982, p. 271.)

18. On se serait attendu à ce que la Cour internationale de Justice suive cette approche, qui a permis, au cours des dernières décennies, de faire évoluer le régime juridique de l'immunité de juridiction, de manière à tenir la balance égale entre les souverainetés étatiques et les considérations de justice et d'équité qui opèrent au sein de celles-ci. Le concept westphalien de la souveraineté s'éloigne ainsi progressivement, au fur et à mesure que l'on situe la personne humaine au centre du système juridique international.

19. Cette évolution se reflète en partie dans les travaux de codification de la Commission du droit international sur le sujet et dans la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004, résolution 59/38); mais cela ne veut pas dire que cette évolution a été figée une fois pour toutes. C'est pour cela qu'il revient à la Cour, à l'occasion des cas dont elle est saisie, de revisiter les concepts et les normes qui sont débattus devant elle et d'indiquer, s'il y a lieu, les nouvelles tendances qui se dessinent dans leur interprétation et la détermination de leur portée.

20. La Cour reconnaît certes que l'octroi de l'immunité de juridiction à un Etat n'affecte pas sa responsabilité internationale (arrêt, par. 100), mais elle n'en tire aucune conséquence concrète. Ainsi, elle aurait pu ajouter qu'un Etat qui refuse *a priori* la mise en cause de sa responsabilité perd, par là même, le droit d'invoquer son immunité de juridiction.

21. Lorsque le droit à l'immunité est revendiqué, il s'accompagne d'un devoir, celui pour l'Etat de faire face à ses responsabilités internationales par les moyens appropriés. Et je conçois qu'en matière de conflit armé ces moyens passent par la négociation interétatique, mais encore faut-il que celle-ci puisse avoir lieu en prenant en compte l'ensemble des situations en cause.

22. Certaines circonstances particulières caractérisent la présente affaire: l'Allemagne admet sa responsabilité pour les actes illicites en cause devant les tribunaux italiens, actes qui se sont déroulés, en partie ou

16. In my view, such exceptional circumstances cannot be ignored, either by national or by international courts, and, were this to happen, it would open the door to abuses with the potential to undermine the very foundations of international legality.

17. Judges should always remain vigilant to ensure that ultimate precedence is given to law and justice, as Rosalyn Higgins has recalled :

“An exception [sovereign immunity] to the normal rules of jurisdiction should only be granted when international law requires — that is to say, when it is consonant with justice and with the equitable protection of the parties. It is not to be granted ‘as a right’.” (“Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 29, 1982, p. 271.)

18. One would have expected the International Court of Justice to follow that approach, which in recent decades has enabled the legal régime governing jurisdictional immunity to evolve in a way which strikes an equal balance between State sovereignties and the considerations of justice and equity operating within such sovereignties. The Westphalian concept of sovereignty is thus gradually receding, as the individual takes centre stage in the international legal system.

19. That evolution is in part reflected in the International Law Commission’s work to codify the subject, and in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (adopted by the United Nations General Assembly on 2 December 2004, resolution 59/38), but that is not to say that it is now frozen for evermore. That is why it falls to the Court, when considering the cases submitted to it, to revisit the concepts and norms debated before it and to indicate, if appropriate, any emerging new trends in their interpretation and in the determination of their scope.

20. While the Court does indeed recognize that the granting of jurisdictional immunity to a State does not affect its international responsibility (Judgment, para. 100), it fails to draw any concrete conclusions from that fact. Thus, it could have added that a State which flatly rejects any engagement of responsibility on its part loses, by that rejection, the right to claim immunity from jurisdiction.

21. Where immunity is claimed, it comes with an obligation: namely that the State must assume its international responsibilities by appropriate means. And I consider that, in respect of armed conflict, such means include inter-State negotiations, but on condition that such negotiations are conducted on terms capable of covering the entirety of the situation at issue.

22. This case is distinguished by certain specific features: Germany admits its responsibility for the unlawful acts at issue before the Italian courts; and those acts took place, partly or entirely, on Italian territory.

en totalité, sur le territoire italien ; elle revendique cependant l'immunité de juridiction et engage une action contre l'Italie devant cette Cour pour violation des obligations de celle-ci en la matière ; enfin, les personnes concernées ont engagé, en vain, différents recours.

23. Or, il ne suffit pas de constater que ces personnes n'ont pu obtenir aucune satisfaction ni devant les juridictions allemandes ni devant la Cour européenne des droits de l'homme pour en tirer des conséquences quant à l'absence d'une obligation de réparation de l'Allemagne à leur égard. Une telle obligation est la conséquence des actes illicites internationaux reconnus par l'Allemagne et devrait trouver un moyen de règlement dans le cadre interétatique. Il s'agit donc d'une question qui est toujours en suspens entre les deux pays.

24. Quant à l'exigence de circonstances exceptionnelles pour lever l'immunité, elle prive de toute portée l'argument consistant à considérer ce type de dérogation comme complètement irréaliste, dans la mesure où il reviendrait à ouvrir la boîte de Pandore des recours individuels, en réparation, de la part de toutes les victimes des conflits armés.

25. A mon avis, si l'Allemagne en vient à fermer toutes les portes à ce règlement, ce que rien ne laisse présager, la question de la levée de son immunité devant les tribunaux étrangers pour les mêmes actes illicites pourrait se poser, de nouveau, légitimement. En effet, lorsque cette Cour a conclu à la violation par l'Italie de son obligation de respecter l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne, elle n'a entendu d'aucune manière faire obstacle à la mise en œuvre d'une autre norme fondamentale du droit international relative à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

26. Ainsi, j'ai voté en faveur du dispositif de l'arrêt, en considération de la nature de cette affaire qui date de la seconde guerre mondiale, des efforts consentis par l'Allemagne depuis la fin de ce conflit et de sa volonté d'assumer ses propres responsabilités à cet égard, qui font que les circonstances exceptionnelles que j'ai évoquées et qui permettent de lever l'immunité ne me semblent pas réunies.

27. La Cour ne peut rejeter l'argument dit du «dernier recours», comme elle le fait au paragraphe 103 de l'arrêt, en s'abritant derrière l'absence de pratique ou de jurisprudence étatiques le justifiant. En effet, la Cour, dont la fonction est «de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis» (article 38 du Statut), doit appliquer et interpréter la norme en cause dans son contexte juridique, à savoir en tenant compte des autres règles de droit qui lient les Parties. Dès lors, on ne voit pas comment on peut appliquer et interpréter le droit de l'immunité de l'Etat sans prendre en compte l'impact du droit de la responsabilité internationale. Surtout si, devant les tribunaux internes, il est apparu, *in limine litis*, que l'Etat auteur de l'acte illicite a fermé toutes les portes à la réparation.

28. C'est en prenant en compte l'ensemble de ces composantes, dans leur complémentarité, que la Cour peut contribuer à la garantie de l'unité du droit international au service de la justice internationale. Cette

Germany, however, claims jurisdictional immunity and has instituted proceedings against Italy before this Court on account of the latter's violations of its obligations in that regard. Finally, the individuals concerned have filed various claims, which have failed.

23. However, it is not sufficient to find that those persons have not been able to obtain satisfaction before either the German courts or before the European Court of Human Rights, and then to conclude that Germany has no obligation of reparation towards them. Such an obligation is the consequence of the internationally wrongful acts admitted by Germany and must be capable of being settled in an inter-State context. It is thus an issue which remains outstanding between the two countries.

24. The requirement of exceptional circumstances in order for immunity to be lifted disposes of the argument that to allow any derogation of this kind is completely unrealistic, because it would open a Pandora's box of individual claims for reparation by all victims of armed conflicts.

25. To my mind, if Germany were to close all doors to such settlement — and there is nothing to suggest that it will — then the question of lifting its immunity before foreign courts in respect of those same wrongful acts could legitimately be raised again. Thus, in finding that Italy has violated its obligation to respect Germany's jurisdictional immunity, the Court did not intend in any way to obstruct the implementation of another fundamental norm of international law, namely the responsibility of States for internationally wrongful acts.

26. Thus, I voted in favour of the operative clause of the Judgment, on the basis of the nature of this case, which dates back to the Second World War, the efforts made by Germany since the end of that conflict, and its willingness to assume its responsibility in that regard, which mean that the exceptional circumstances to which I referred, and which allow for immunity to be lifted, would not appear to me to be present.

27. The Court cannot reject the so-called "last resort" argument, as it does in paragraph 103 of the Judgment, on the pretext of the absence of any supporting State practice or jurisprudence. In fact, the Court, whose function is "to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it" (Article 38 of the Statute), must apply and interpret the norm at issue within its legal context, that is to say, taking account of the other rules of law which bind the Parties. Consequently, it is difficult to see how the law of State immunity can be applied and interpreted without taking account of the impact of the law governing State responsibility. Especially if, before the domestic courts, it appeared, *in limine litis*, that the State responsible for the wrongful act has closed all doors to reparation.

28. It is by taking account of all those elements, and their mutually complementary nature, that the Court can help to ensure the unity of international law in the service of international justice. That primordial

éminente fonction ne peut se satisfaire d'une approche formaliste étroite, consistant à analyser l'immunité en elle-même, *stricto sensu*, sans souci des victimes des crimes internationaux qui demandent que justice leur soit rendue. On peut considérer, pour reprendre l'expression de Vaughan Lowe («The Politics of Law-making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?», dans M. Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 212-221), qu'une «interstitial norm» devrait permettre d'établir le lien entre le droit des immunités et le droit de la responsabilité internationale. Il s'agirait d'invoquer, pour cela, des principes généraux du droit, ainsi que l'a fait la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* lorsqu'elle s'est référée aux «considérations élémentaires d'humanité» en tant que lien entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22).

29. La Cour s'est fondée sur une conception mécaniste de l'œuvre judiciaire consistant, pour le juge national, à se prononcer à titre liminaire sur l'immunité, sans prendre en compte les «circonstances particulières de chaque affaire» (arrêt, par. 106). Or, il s'agit là d'une vue de l'esprit car, dans la pratique, il arrive souvent que, pour se prononcer sur la question de l'immunité et sur les exceptions invoquées par le demandeur pour la levée de celle-ci, le juge soit amené à examiner le fond de l'affaire. C'est ainsi, par exemple, que, lorsque cette Cour considère qu'une exception d'incompétence n'a pas «un caractère exclusivement préliminaire», elle décide de ne la trancher qu'une fois qu'elle a analysé les données au fond de l'affaire dont elle est saisie.

30. Il ne faut pas perdre de vue, enfin, que l'Italie a toujours la possibilité de prendre fait et cause pour ses ressortissants, en exerçant la protection diplomatique en leur faveur; cette institution représentant le dernier rempart ou l'*ultima ratio* pour la sauvegarde des droits de l'homme internationalement garantis, ainsi que la Cour l'a reconnu dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 599, par. 39).

31. Je regrette, finalement, que le raisonnement de la Cour n'a pas été bâti à partir des caractéristiques du droit international contemporain où l'immunité, en tant qu'élément d'un mécanisme de répartition des compétences, ne pourrait se justifier lorsqu'elle aboutirait à faire obstacle aux exigences de la justice due aux victimes. C'est pour cela que l'immunité n'est pas un droit subjectif, au sens strict, à la disposition de l'Etat, mais une possibilité pour celui-ci de ne pas être jugé par les tribunaux étrangers, en fonction des circonstances propres à l'espèce considérée.

32. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux internes pour interpréter et appliquer le droit relatif à l'immunité demeure entier, contrairement à ce que laisse entendre la Cour dans son arrêt (arrêt, par. 106). Si cette appréciation est faite à titre liminaire, elle n'empêche pas les tribunaux nationaux d'analyser l'ensemble des données de l'affaire dont ils sont sai-

function cannot be confined within a narrow, formalistic approach, which considers immunity alone, *stricto sensu*, without concern for the victims of international crimes seeking justice. It could be considered that an “interstitial norm”, as expressed by Vaughan Lowe (“The Politics of Law-making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing? ”, in M. Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 212-221), would enable the establishment of a link between the law of immunities and the law of State responsibility. This could be done by invoking general principles of law, as the Court did in the *Corfu Channel* case, where it referred to “elementary considerations of humanity” as a link between human rights and international humanitarian law (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 22).

29. The Court has relied on a “mechanical” conception of the judicial task, according to which the national court rules on immunity as a preliminary issue, without considering “the specific circumstances of each case” (Judgment, para. 106). However, that is an illusion, for, in practice, it often happens that, in order to rule on the issue of immunity, and on the arguments for lifting immunity put forward by the claimant, the Court has to examine the merits of the case. Thus, for example, when this Court determines that an objection to jurisdiction does not possess “an exclusively preliminary character”, it decides to rule on it only when it has examined the merits of the case of which it is seised.

30. We should, moreover, not lose sight of the fact that Italy may still espouse the cause of its nationals by exercising diplomatic protection on their behalf; this institution represents the last resort or *ultima ratio* for the protection of internationally guaranteed human rights, as the Court recognized in the case concerning *Ahmadou Sadio Diallo ((Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 599, para. 39).

31. Lastly, I regret that the Court’s reasoning was not founded on the characteristics of contemporary international law, where immunity, as one element of a mechanism for the allocation of jurisdiction, could not be justified if it would ultimately pose an obstacle to the requirements of the justice owed to victims. Thus immunity is not a subjective right, in the strict sense, at the disposition of the State, but a possibility given to the latter not to be tried by foreign courts, according to whether the particular circumstances of the case so permit.

32. The power of national courts to interpret and apply the law relating to immunities remains complete, contrary to what is suggested by the Court in its Judgment (Judgment, para. 106). Where that power is exercised *in limine litis*, that does not preclude a national court from examining all the facts of the case before it, when that is necessary in order to

sis, lorsque cela s'avère nécessaire pour apprécier si les circonstances de celle-ci autorisent ou non l'octroi à l'Etat de l'immunité.

33. Reste bien sûr à se demander si une politique étatique systématique fondée sur la commission de crimes internationaux, comme le génocide ou le crime contre l'humanité, pourrait être couverte par l'immunité dans le cadre des actes de souveraineté (*jure imperii*). Cette question en amène une autre, à savoir quelle autorité serait à même de distinguer entre ce qui relève des fonctions étatiques habituelles et celles qui doivent être qualifiées de crimes internationaux, afin d'exclure les secondes du bénéfice de l'immunité. Par contre si, comme c'est le cas dans cette affaire, l'activité criminelle attribuable à l'Etat est bien établie et reconnue, nous retrouvons la nécessité, pour ce dernier, d'ouvrir à un moment ou à un autre les canaux appropriés pour la réparation afin d'éviter d'être jugé, en fin de compte, par des tribunaux étrangers.

34. Cette affaire démontre, à l'évidence, à quel point le système immunitaire du corpus étatique et la prise en compte par celui-ci de ses propres manquements à la légalité internationale sont étroitement liés. La Cour, dans son analyse du droit international coutumier, se devait de relever cette tendance et de prévoir ses retombées sur le plan de l'élaboration du droit international. Ce n'est pas parce que les affaires portées devant les juridictions nationales et reflétant cette tendance sont limitées que celle-ci doit être ignorée par la Cour.

35. La prééminence bien affirmée de la justice et de la règle de droit au niveau international, qu'il s'agisse de justice pénale ou de justice civile, a également pour fonction de dissuader les dirigeants, agissant au nom de leur pays, de se livrer à la violation des normes de droit impératif relatives à la prévention et à la commission des crimes internationaux. Il faut éviter que cette fonction dissuasive ne soit altérée sous l'effet d'une approche passiviste de l'immunité de l'Etat et de ses représentants.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

determine whether or not the circumstances of the case permit the State to be accorded immunity.

33. The question remains, of course, whether a systematic State policy founded on the commission of international crimes, such as genocide or crimes against humanity, could be covered by immunity under the banner of sovereign acts (*jure imperii*). That question gives rise to another, namely, what authority would be in a position to distinguish between normal State functions and functions which should be categorized as international crimes, so as to exclude them from the privilege of immunity. On the other hand, if, as in this case, the criminal activity attributable to the State is well established and admitted, that State is required at some point to open appropriate channels to reparation, in order to avoid ultimately being tried by foreign courts.

34. This case plainly demonstrates the extent to which the immune system of a State is closely linked to the admission by the latter of its own breaches of international law. It was incumbent on the Court, in its analysis of international customary law, to note this trend, and to anticipate its impact on the formation of international law. The fact that few cases before national jurisdictions reflect this trend does not mean that it should be ignored by the Court.

35. The well-established pre-eminence of justice, whether criminal or civil, and the rule of law at the international level, also serves to discourage leaders, acting in the name of their countries, from engaging in violations of peremptory norms of law relating to the prevention and commission of international crimes. Care should be taken to ensure that such dissuasive function is not impaired by a backward-looking approach to the immunity of the State and its representatives.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.
