

DISSENTING OPINION OF JUDGE YUSUF

The key question in these proceedings was whether Italian courts violated the jurisdictional immunity of Germany — The Italian courts set aside the immunity of Germany with respect to claims for reparation of serious humanitarian law violations in the absence of other remedial avenues — The Court failed to adequately address this core issue — The Court instead focused on the extent of immunity for acts jure imperii when committed by armed forces during armed conflict and the strength of jus cogens norms — The Court's analysis does not adequately address the real-life situation of the victims of Nazi atrocities without other means of redress — Immunity should not be used as a screen where no other remedial avenues are available — The victims' petition to Italian domestic courts was a last attempt to obtain reparation — Immunity is not an immutable value in international law — The scope of immunity has been contracting over the past century as the international legal system shifted from a State-centred model to one that also protects the rights of human beings — It is as full of holes as Swiss cheese — There is considerable divergence in the extent and scope of immunity in State practice — Uncertainties on customary rules cannot be resolved by a formalistic exercise of surveying divergent judicial decisions — Customary international law is not a question of relative numbers — Consideration must be given to the circumstances and nature of each case and the factors underlying it — Resort may also be had to the general principles underlying human rights and humanitarian law — A balance must be sought between the function of immunity and the realization of fundamental human rights and humanitarian law — There should be a proportionality and legitimacy assessment with respect to granting immunity when the customary rules are found to be fragmentary or unsettled — The evolution of the law on immunity has often occurred through isolated domestic court decisions that gradually become mainstream — Assertion of jurisdiction by domestic courts crystallizes an emerging exception to State immunity — Domestic courts cannot set aside immunity every time there is a claim for reparation for violations of international humanitarian law or human rights — In exceptional circumstances, assertion of jurisdiction where there is no other remedial avenue contributes to a better observance of international humanitarian law without unjustifiably indenting immunity.

I. INTRODUCTION

1. I am regrettably unable to concur with the Court's majority in finding that:

“[t]he Italian Republic has violated its obligation to respect the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under interna-

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

Question essentielle en la présente affaire ayant été de savoir si les tribunaux italiens avaient violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne — Tribunaux italiens ayant écarté l'immunité de l'Allemagne à l'égard d'actions en réparation liées à des violations graves du droit humanitaire en l'absence d'autre voie de recours — Cour n'ayant pas traité comme il convenait cette question essentielle — Cour s'étant attachée à la portée de l'immunité en ce qui concerne les actes jure imperii commis par des forces armées pendant un conflit armé et à l'importance des normes de jus cogens — Cour n'ayant pas, du fait de cette approche, traité comme il se devait la situation vécue par les victimes des atrocités nazies ne disposant d'aucune autre voie de recours — Immunité ne devant pas être utilisée comme rempart lorsque aucune autre voie de recours n'est disponible — Saisine des juridictions nationales italiennes ayant été la dernière tentative des victimes d'obtenir réparation — Immunité n'étant pas une valeur immuable en droit international — Portée de l'immunité s'étant réduite au cours du dernier siècle, au fur et à mesure que le droit international passait d'un système juridique centré sur l'Etat à un système protégeant également les droits des êtres humains — Immunité de l'Etat faisant penser à un gruyère — Pratique des Etats révélant des divergences considérables quant à l'étendue et à la portée de l'immunité — Incertitudes sur les règles coutumières ne pouvant être levées en s'en tenant à l'examen de décisions judiciaires contradictoires — Droit international coutumier n'étant pas qu'une question de chiffres — Nécessité d'examiner les circonstances et la nature de chaque affaire ainsi que les facteurs qui la sous-tendent — Possibilité de recourir également aux principes généraux des droits de l'homme et du droit humanitaire — Equilibre devant être recherché entre la fonction de l'immunité et la réalisation des droits fondamentaux de l'homme et du droit humanitaire — Nécessité d'apprécier l'octroi de l'immunité à l'aune des critères de proportionnalité et de légitimité lorsque les règles coutumières se révèlent fragmentaires et incertaines — Evolution du droit de l'immunité s'étant souvent produite par le biais de décisions isolées, rendues par des juridictions nationales, qui ont peu à peu été généralement acceptées — Juridictions nationales cristallisant, en se déclarant compétentes, une exception naissante à l'immunité des Etats — Juridictions nationales ne pouvant écartier l'immunité chaque fois qu'est présentée une demande de réparation à raison de violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme — Juridictions pouvant, en se déclarant compétentes dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, contribuer à un meilleur respect du droit international humanitaire sans porter indûment atteinte à l'immunité.

I. INTRODUCTION

1. Je ne peux malheureusement souscrire à la conclusion de la majorité selon laquelle

«la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le

tional law by allowing civil claims to be brought against it based on violations of international humanitarian law committed by the German Reich between 1943 and 1945”.

2. I am also in disagreement with the reasoning and consideration on which this finding is based.

3. My disagreements relate in particular to the marginal way in which the core issues in dispute between the Parties have been dealt with in the Judgment; the lack of an adequate analysis of the obligation to make reparations for violations of international humanitarian law (hereinafter IHL), which is intimately linked to the denial of State immunity in the dispute before the Court; the reasoning and conclusions of the majority on the scope and extent of State immunity in international law and the derogations that may be made from it; and the approach adopted in the Judgment towards the role of domestic courts in the identification and evolution of international customary norms, particularly in the area of State immunity.

I will elaborate my views on these matters below.

II. THE CORE ISSUES BEFORE THE COURT

4. The jurisdictional immunity of foreign States before national courts in cases concerning serious violations of human rights or humanitarian law has been extensively debated in recent years in scholarly literature and has given rise to conflicting judicial decisions by courts of various jurisdictions. The core issues before the Court in these proceedings are however of a much more limited and narrower scope. They concern decisions by Italian courts to set aside Germany’s immunity in proceedings regarding claims for reparation arising out of acts committed by the Third Reich in the period 1943-1945 whose illegality has been admitted by Germany.

5. The claims before the Italian courts concerned certain categories of victims (for a description of these categories, see paragraph 52 of the Judgment) to whom Germany allegedly failed to pay compensation, thus leaving them without other means of redress for the harm suffered. The Court had therefore to determine whether the refusal of Italian courts to grant jurisdictional immunity to Germany with respect to claims of victims of Nazi crimes in search of redress and reparation constitutes an internationally wrongful act, in the absence of other remedial avenues. The Court’s answer to this question is positive, and I disagree with it. But my disagreement concerns also the approach adopted by the Court to reach this conclusion.

6. The Court recognizes that it has jurisdiction to determine whether Germany’s failure to pay compensation to those categories of victims, whose illegal treatment by the Third Reich has been admitted by Germany, is capable of having an effect on the existence and scope of Germany’s jurisdictional

droit international en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945».

2. Je suis également en désaccord avec le raisonnement et les motifs sur lesquels cette conclusion repose.

3. Mon désaccord porte en particulier sur le fait que l'arrêt ne traite qu'incidemment les questions qui étaient au cœur du différend entre les Parties ; sur l'absence d'analyse appropriée de l'obligation de réparation à raison de violations du droit international humanitaire, obligation qui est étroitement liée au refus de reconnaître l'immunité de l'Etat en la présente affaire ; sur le raisonnement et les conclusions de la majorité concernant la portée et l'étendue de l'immunité des Etats en droit international et les cas où il peut y être dérogé ; enfin, sur l'approche suivie quant au rôle que jouent les juridictions nationales dans la détermination et l'évolution des normes du droit international coutumier, notamment dans le domaine de l'immunité de l'Etat.

J'exposerai ci-après mes vues sur ces questions.

II. LES QUESTIONS ESSENTIELLES QUI SE POSENT À LA COUR

4. La question de l'immunité de juridiction des Etats étrangers devant les tribunaux nationaux dans des affaires où sont en cause des violations graves des droits de l'homme ou du droit humanitaire a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux au cours de ces dernières années, et donné lieu à des décisions contradictoires de la part de juridictions relevant de divers ordres. Les questions essentielles qui se posaient à la Cour en la présente instance avaient toutefois une portée bien plus limitée. Elles avaient trait aux décisions prises par certaines juridictions italiennes d'écarter l'immunité de l'Allemagne à l'égard d'actions qui se rapportaient à des demandes en réparation découlant d'actes commis par le III^e Reich entre 1943 et 1945, actes dont l'Allemagne a reconnu qu'ils étaient illicites.

5. Les affaires portées devant les juridictions italiennes concernaient certaines catégories de victimes (voir, sur ce point, le paragraphe 52 de l'arrêt) que l'Allemagne n'aurait pas indemnisées, les privant ainsi de toute possibilité d'obtenir réparation du préjudice subi. La Cour devait donc déterminer si le refus, par les juridictions italiennes, d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction à l'égard des actions engagées par des victimes de crimes nazis cherchant à obtenir réparation et indemnisation constituait, en l'absence d'autre voie de recours, un fait internationalement illicite. Elle y a répondu par l'affirmative, ce à quoi je ne puis souscrire, d'autant que je suis aussi en désaccord avec l'approche qui a été adoptée à cet égard.

6. La Cour a reconnu qu'elle avait compétence pour déterminer si le fait que l'Allemagne — qui a reconnu que le traitement que leur avait infligé le III^e Reich était illicite — n'ait pas indemnisé ces catégories de victimes pouvait avoir une incidence sur l'existence et la portée de l'im-

immunity before Italian courts, and consequently whether the Italian courts were legally justified, under these specific circumstances, to deny immunity to Germany (Judgment, para. 50). The Court, however, in its consideration of the merits, limits its examination, almost entirely, to the issue of “whether . . . immunity is applicable to acts committed by the armed forces of a State . . . in the course of conducting an armed conflict” (*ibid.*, para. 61).

7. This formulation of the core issues is, in my view, too abstract and formalistic as compared to the real life situation of the victims of Nazi atrocities who, for the lack of any alternative means of redress, had to submit their claims for reparation to Italian courts. The dispute before the Court is not about the general applicability of immunity to unlawful acts committed by the armed forces of a State in a situation of armed conflict. This is a very broad subject which is best left for academic papers and scholarly discussions. The dispute in this case is about the decisions of Italian courts to set aside the jurisdictional immunity of Germany to allow certain categories of Italian victims, who were unable to obtain effective reparations for crimes committed by the Third Reich and admitted by Germany, to have an alternative means of redress.

8. Italy has repeatedly emphasized this point both in its written submissions (Counter-Memorial of Italy, pp. 87-122; and Rejoinder of Italy, pp. 11-26) and during the oral proceedings (CR 2011/18, para. 11; CR 2011/21, paras. 4-12; CR 2011/21, p. 17, paras. 1-37). Germany has also abundantly responded to it (CR 2011/17, paras. 14-42; CR 2011/20, p. 30, paras. 11-36). The Court should have therefore adequately addressed it.

9. Unfortunately, as a result of the above-mentioned approach by the Court, the centrality to the dispute between the Parties of the link between the lack of reparations and the denial of immunity by the Italian courts in order to provide an alternative means of redress to the victims, has been substantially overlooked, if not completely sidelined, in the Judgment. The only exception is a short section (Judgment, paras. 98-104), which deals with the “last resort” argument put forward by Italy with regard to the lack of reparations for certain categories of victims.

10. In that section, the Court notes 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, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them” (*ibid.*, para. 99).

However, instead of assessing the impact that this failure to make reparations — and the absence of alternative means of redress — could have on the granting or denial of State immunity to Germany in the courts of the forum State under international law, the Court limits itself to state that “the Court considers that it is a matter of surprise — and regret — that Germany decided to deny compensation . . .” (*ibid.*). It bears to be recalled in this connection that disputes between States are not submitted to an

munité de juridiction de l'Allemagne devant les tribunaux italiens, et, dès lors, si ces derniers étaient juridiquement fondés, dans ces circonstances particulières, à dénier l'immunité à l'Allemagne (arrêt, par. 50). Or, dans son examen au fond, la Cour s'est presque entièrement limitée à la question de «savoir si l'immunité est applicable aux actes commis par les forces armées d'un Etat ... dans le cadre d'un conflit armé» (*ibid.*, par. 61).

7. Cette manière d'aborder les questions essentielles posées en l'espèce est, selon moi, par trop abstraite et formaliste au regard de la situation vécue par les victimes des atrocités nazies qui, faute d'autres voies de recours, ont été contraintes de présenter leurs demandes de réparation aux tribunaux italiens. Le différend soumis à la Cour ne portait pas, d'une manière générale, sur l'applicabilité de l'immunité aux actes illicites commis par les forces armées d'un Etat pendant un conflit armé. Il s'agit là d'un sujet très vaste, qu'il est préférable de laisser aux écrits et débats doctrinaux. En l'espèce, le différend portait sur la décision des juridictions italiennes d'écarter l'immunité de juridiction de l'Allemagne afin de permettre à certaines catégories de victimes italiennes — qui avaient cherché en vain à obtenir réparation à raison de crimes commis par le III^e Reich et reconnus par l'Allemagne — de bénéficier d'une autre voie de recours.

8. L'Italie n'a cessé d'insister sur ce point, tant dans ses écritures (contre-mémoire, p. 87-122; et duplique, p. 11-26) qu'à l'audience (CR 2011/18, par. 11; CR 2011/21, par. 4-12; CR 2011/21, p. 17, par. 1-37), et l'Allemagne lui a répondu de manière fort approfondie (CR 2011/17, par. 14-42; CR 2011/20, p. 30, par. 11-36). La Cour aurait donc dû se prononcer en conséquence.

9. Malheureusement, du fait de son approche susmentionnée, la Cour a largement négligé, si ce n'est totalement ignoré, le caractère central — dans le différend opposant les Parties — du lien entre absence de réparation et refus de reconnaître l'immunité par les juridictions italiennes afin d'offrir aux victimes une voie de recours. Seule une courte section (arrêt, par. 98-104), qui traite de l'argument du «dernier recours» avancé par l'Italie relativement à l'absence d'indemnisation de certaines catégories de victimes, fait exception.

10. Dans cette section, la Cour note que

«l'Allemagne [a] 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, particulièrement parce que ces victimes se sont vues, de ce fait, privées de la protection juridique à laquelle ce statut leur donnait droit» (*ibid.*, par. 99).

Or, au lieu d'examiner les conséquences que ce défaut d'indemnisation ainsi que l'absence d'autres voies de recours ont pu avoir sur l'octroi ou non de l'immunité à l'Allemagne devant les juridictions de l'Etat du for en vertu du droit international, la Cour s'est contentée de dire «qu'il [était] surprenant — et regrettable — que l'Allemagne ait refusé d'accorder réparation...» (*ibid.*). Il convient de rappeler à cet égard que, si les Etats portent leurs différends devant un organe juridictionnel international, et plus particulière-

international adjudicatory body, and particularly to the principal judicial organ of the United Nations, for expressions of surprise and regret, but for their appropriate settlement on the basis of international law.

11. On the other hand, I agree with the Court's statement that: "the Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned" (Judgment, para. 104). Nevertheless, the Court should have, in my view, drawn some legal conclusions from this statement, particularly with respect to the legality or illegality of the decisions of the Italian courts in this specific context. Instead, the Court goes on to state that the claims of the Italian military internees (IMIs), together with other claims of Italian nationals, "could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue" (*ibid.*); thus, suggesting a diplomatic approach, rather than a legal determination by the Court itself, to some of the core issues of the dispute submitted to it for adjudication.

III. THE OBLIGATION TO MAKE REPARATIONS FOR VIOLATIONS OF IHL

12. In view of the direct bearing that the lack of reparations for IHL violations by the Third Reich had on the refusal by Italian courts to grant immunity to Germany, I find it also regrettable that the Court, despite recognizing this close relationship, has not considered it necessary to examine, at least in a general manner, the obligation to make reparations for violations of IHL in international law.

13. The obligation to make reparations for damages suffered as a result of breaches of humanitarian law is enshrined in Article 3 of the 1907 Hague Convention IV which provides that:

"[a] belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts forming part of its armed forces."

14. A similar provision is to be found in Article 91 of the Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 (hereinafter "Protocol I"). These provisions do not indicate whether the beneficiaries of such compensation are individuals or States. It can, however, be said that they clearly establish the existence of an obligation under international law to pay compensation and make reparations for violations of humanitarian law.

15. It is only in the past two decades or so that one may find examples of individual claimants seeking compensation for damages suffered as a result of violations of humanitarian law. Such examples include the claims brought before Japanese courts in the 1990s on behalf of the victims of IHL violations during the Second World War including slave labourers, comfort women, and torture victims; or the legal suits brought before United States courts by the Holocaust Restitution Movement against Ger-

ment l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ce n'est pas pour que celui-ci exprime de la surprise et du regret, mais pour qu'il tranche utilement le litige sur le fondement du droit international.

11. Je souscris toutefois au prononcé de la Cour selon lequel «[elle] n'ignore pas que l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne conformément au droit international pourrait empêcher les ressortissants italiens concernés d'obtenir une réparation judiciaire» (arrêt, par. 104). Selon moi, la Cour aurait néanmoins dû en tirer certaines conclusions juridiques, notamment en ce qui concerne la licéité ou l'illicéité des décisions des juridictions italiennes dans ce contexte particulier. Or, elle a poursuivi en indiquant que les demandes des internés militaires italiens, comme celles émanant d'autres ressortissants italiens, «pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux Etats en vue de parvenir à une solution» (*ibid.*), suggérant ainsi que certains aspects essentiels du différend qui lui a été soumis soient réglés par voie diplomatique et non judiciaire.

III. L'OBLIGATION DE RÉPARATION À RAISON DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

12. Compte tenu de l'incidence directe que l'absence de réparation des violations du droit international humanitaire commises par le III^e Reich a eue sur le refus des juridictions italiennes d'accorder l'immunité à l'Allemagne, je déplore également que la Cour, quoique ayant reconnu ce lien étroit, n'ait pas jugé nécessaire de se pencher, au moins de manière générale, sur l'obligation de réparer pareilles violations en droit international.

13. L'obligation de réparation à raison de dommages subis par suite de violations du droit humanitaire est consacrée à l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907, lequel dispose que

«[l]a partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.»

14. Une clause similaire figure à l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 (ci-après le «protocole I»). Bien qu'elles ne précisent pas si les bénéficiaires en sont les individus ou les Etats, ces dispositions établissent clairement l'existence, en droit international, d'une obligation d'indemnisation et de réparation en cas de violations du droit humanitaire.

15. Ce n'est que depuis une vingtaine d'années que l'on trouve des exemples de particuliers ayant cherché à obtenir réparation à raison de dommages subis par suite de violations du droit humanitaire. Parmi ces exemples figurent des actions engagées dans les années 1990 devant les juridictions japonaises au nom des victimes de violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale, notamment les personnes réduites en esclavage, les «femmes de réconfort» et les

many on behalf of wartime “labour slaves”, which have now been settled by Germany; the *Distomo* case brought by the relations of the victims of a massacre by the Nazi armed forces before Greek courts against Germany in 1995; and the *Ferrini* case brought against Germany before Italian courts by Mr. Luigi Ferrini, an Italian national who had been arrested in August 1944, and deported to Germany, where he was detained and forced to work in a munitions factory until the end of the war.

16. Historically, there is ample evidence that compensation for such breaches was for a long period of time handled at the inter-State level either through peace treaties or through settlement agreements. More recently, other mechanisms have been used such as the Iraq Compensation Commission established by the United Nations Security Council and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission created through a bilateral agreement. This does not however mean that individuals are not or were not intended to be the ultimate beneficiaries of such mechanisms; or that they do not possess the right to make claims for compensation. It only indicates that the national State of the victims receives a lump sum to be distributed to the victims of such breaches. Such arrangements appear to have been resorted to for policy or practical reasons aimed at avoiding the prospect of innumerable private suits, or a delay in the conclusion of peace treaties and the resumption of normal relations between formerly belligerent States.

17. What is at issue here is the question of State responsibility. If crimes are committed by the agents of a State during an armed conflict, such a State has to assume responsibility for the unlawful acts of its agents, and to provide reparation to the victims. Such reparation is most often made through inter-State mechanisms, or through special funds set up by the State responsible for the violation. But, the law of State responsibility does not rule out the possibility that rights may accrue to individuals as a result of a wrongful act committed by a State. As a matter of fact, it is stated in Article 33, paragraph 2, of the ILC Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts, that: “This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than the State.”

18. Moreover, the ILC commentary clearly states that there are cases where individuals are the holders of the rights resulting from international rules regarding State responsibility. This is the case, in my view, not only in human rights treaties, but also in humanitarian law conventions. Article 3 of Hague Convention IV and Article 91 of Protocol I are good examples of such rules, particularly when interpreted in light of the recent evolution of international law in the area of human rights and humanitarian law. The International Committee of the Red Cross

personnes soumises à la torture; les procédures intentées contre l'Allemagne devant les tribunaux américains par l'Holocaust Restitution Movement au nom des personnes astreintes au travail en esclavage pendant la guerre (qui ont abouti à un accord de règlement); l'affaire *Distomo*, introduite en 1995 devant les juridictions grecques contre l'Allemagne par les parents des victimes d'un massacre perpétré par les forces armées nazies; ou encore l'affaire *Ferrini*, introduite contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes par M. Luigi Ferrini, ressortissant italien arrêté en août 1944 et déporté en Allemagne, où il a été détenu et contraint de travailler dans une usine de munitions jusqu'à la fin de la guerre.

16. Historiquement, nombreux sont les exemples qui attestent que les questions touchant la réparation de telles violations font, de longue date, l'objet de règlements entre Etats, que ce soit au moyen de traités de paix ou d'accords de règlement. Plus récemment, il a été recouru à d'autres mécanismes, tels que la commission d'indemnisation pour l'Iraq établie par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et la commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie créée en vertu d'un accord bilatéral. Cela ne signifie cependant pas que les individus ne sont pas ou n'étaient pas censés être les bénéficiaires ultimes de ces mécanismes, ou qu'ils n'auraient pas le droit d'engager des actions en réparation. Cela signifie simplement que l'Etat dont les victimes sont des nationaux se voit verser une somme forfaitaire destinée à leur être redistribuée. La solution de tels accords semble avoir été retenue pour des raisons à la fois politiques et pratiques, afin d'éviter que ne se multiplient les actions intentées par des particuliers, ou que ne soient retardés la conclusion des traités de paix et le rétablissement de relations normales entre anciens Etats belligérants.

17. La question posée en l'espèce était celle de la responsabilité de l'Etat. Or, lorsque les agents d'un Etat commettent des crimes au cours d'un conflit armé, l'Etat doit en assumer la responsabilité et accorder réparation aux victimes. Cette réparation intervient le plus souvent par le biais de mécanismes interétatiques ou de fonds spéciaux établis par l'Etat responsable. Le droit de la responsabilité des Etats n'exclut cependant pas que les particuliers puissent jouir de certains droits par suite de la perpétration d'un acte illicite par un Etat. De fait, le paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la Commission du droit international (ci-après la «CDI») sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite précise que «[l]a présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat».

18. La CDI indique en outre clairement, dans son commentaire, qu'il est des cas où les individus sont les titulaires des droits découlant de règles internationales relatives à la responsabilité des Etats. Il en va ainsi, selon moi, non seulement des règles énoncées dans les traités relatifs aux droits de l'homme, mais également de celles qui sont énoncées dans les conventions relatives au droit humanitaire. L'article 3 de la convention IV de La Haye et l'article 91 du protocole I illustrent fort bien, notamment lorsqu'ils sont interprétés à la lumière de l'évolution récente du droit international dans le

commentary to Article 91, Protocol I, appears to recognize this evolution:

“Those entitled to compensation will normally be Parties to the conflict or their nationals, though in exceptional cases they may also be neutral countries, in the case of violation of the rules on neutrality or of unlawful conduct with respect to neutral nationals in the territory of a Party to the conflict . . . However, since 1945 a tendency has emerged to recognize the exercise of rights by individuals.” (See ICRC, www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750117, paras. 3656 and 3657.)

19. It may therefore be stated that Article 3 of the Hague Convention IV — or for that matter, Article 91 of Protocol I — does not exclude the right of individuals to make claims for compensation for damages arising from breaches of IHL, despite the fact that the practice of States has been for a very long time to establish bilateral mechanisms through peace treaties and other agreements, and to have the issue of compensation handled by the State whose nationals have suffered damage as a result of such breaches.

20. The question, however, arises as to what happens in case some of the victims of IHL violations, for which responsibility has been recognized by the foreign State, are not covered through such schemes, and consequently are deprived of the possibility of being beneficiaries of the right to receive compensation for such breaches. Should such a State be allowed to use immunity before domestic courts as a screen against the obligation to make reparations, particularly when resort to such courts may be the only means of redress available to the victims? This is in my view the fundamental issue that the Court should have examined in this case.

IV. ASSESSMENT OF THE SCOPE OF STATE IMMUNITY AND ITS POSSIBLE CONFLICT WITH CLAIMS FOR REPARATIONS

21. My disagreement with the Court also extends to the approach and reasoning of the majority, which I find unpersuasive, on the scope and extent of the jurisdictional immunity of States under international law, as well as its exceptions and derogations. It is true that State immunity is a rule of customary international law, and not merely a matter of comity, although some legal scholars consider it only as an exception to the principle of territorial sovereignty and jurisdiction of States (see, for example, R. Higgins, “Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity”, 29 *Netherlands Yearbook of International Law* (1982), pp. 265-276). Its coverage has, however, been contracting over the past century, in light of the evolution of international law from a State-centred legal system to one which also protects the rights of human beings vis-à-vis the State.

domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire, évolution qui semble d'ailleurs être reconnue dans le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge relatif à l'article 91 du protocole I :

«Les ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties au conflit, ou leurs ressortissants, mais, à titre exceptionnel, peuvent être aussi des pays neutres, en cas de violation des règles de la neutralité ou de comportement illicite à l'égard de ressortissants neutres sur le territoire d'une Partie au conflit... Mais on peut relever, depuis 1945, une tendance à reconnaître l'exercice de droits individuels.» (Voir le site Internet du CICR, www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750117, par. 3656 et 3657.)

19. Il est donc permis d'avancer que ni l'article 3 de la convention IV de La Haye ni, d'ailleurs, l'article 91 du protocole I n'excluent le droit des particuliers de formuler des demandes d'indemnisation à raison de dommages découlant de violations du droit international humanitaire, et ce, même si la pratique des Etats consiste, depuis fort longtemps, à établir des mécanismes bilatéraux par le biais de traités de paix et d'autres accords, les questions d'indemnisation étant traitées par l'Etat dont les nationaux ont subi un dommage du fait de telles violations.

20. La question se pose toutefois de savoir ce qu'il advient lorsque certaines victimes de violations du droit international humanitaire — violations à l'égard desquelles l'Etat étranger a reconnu sa responsabilité — ne sont pas couvertes par les régimes établis et sont, partant, privées de la possibilité de bénéficier du droit d'être indemnisées à raison desdites violations. L'Etat en cause devrait-il être autorisé à se prévaloir de son immunité devant les tribunaux nationaux pour se soustraire à son obligation de réparation, notamment lorsque leur saisine risque d'être le seul recours dont disposent les victimes? Telle est, selon moi, la question fondamentale que la Cour aurait dû examiner en la présente affaire.

IV. EXAMEN DE LA PORTÉE DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET D'UN ÉVENTUEL CONFLIT AVEC LES ACTIONS EN RÉPARATION

21. Mon désaccord avec l'arrêt porte également sur l'approche et le raisonnement de la majorité — que je ne trouve pas convaincants — en ce qui concerne la portée et l'étendue de l'immunité de juridiction des Etats en droit international, ainsi que les exceptions et dérogations y relatives. Il est vrai que l'immunité de l'Etat est une règle de droit international coutumier et qu'elle ne relève pas simplement de la courtoisie, et ce, bien que certains auteurs ne la perçoivent que comme une exception au principe de la souveraineté territoriale et de la juridiction des Etats (voir, par exemple, R. Higgins, «Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity», *Netherlands Yearbook of International Law*, p. 265-276). Sa portée s'est toutefois réduite au cours du dernier siècle, au fur et à mesure que le droit international passait d'un système juridique centré sur l'Etat à un système protégeant également les droits des êtres humains vis-à-vis de l'Etat.

22. The shrinking of immunity coverage has been spearheaded by the decisions of domestic courts and largely prompted by the growing recognition of the rights of individuals involved in transactions with States or State-owned entities. It was indeed for the purpose of protecting the rights of individuals or juridical persons vis-à-vis States that a restrictive doctrine of immunities was introduced by national courts as early as the nineteenth century. Similarly, the tort exception to immunity has been conceived for the protection of individual rights against States.

23. Thus, although State immunity is important to the conduct of harmonious and friendly relations between States, it is not a rule of law whose coverage is well defined for all circumstances or whose consistency and stability is unimpaired. There is indeed considerable divergence in the manner in which the scope and extent of such immunity is interpreted and applied in the practice of States, and particularly in the judicial decisions of their courts. It is not therefore very persuasive to characterize some of the exceptions to immunity as part of customary international law, despite the continued existence of conflicting domestic judicial decisions on their application, while interpreting other exceptions, similarly based on divergent domestic courts' decisions, as supporting the non-existence of customary norms. This may give the impression of cherry-picking, particularly where the number of cases invoked is rather limited on both sides of the equation.

24. It may, for example, be asked whether the judicial decisions of a handful of domestic courts (see paragraphs 73-74 of the Judgment) could serve to substantiate the existence of customary international law based on State practice which supports the proposition that:

“State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State” (Judgment, para. 77).

It could equally be asked why more weight should be attached, in terms of the existence of customary law norms, to those decisions as opposed to the Italian and Greek Supreme Courts' decisions (*ibid.*, paras. 27-36). Is customary international law a question of relative numbers?

Would it not have been more appropriate to recognize, in light of conflicting judicial decisions and other practices of States, that customary international law in this area remains fragmentary and unsettled?

25. It should be recalled that even the traditional distinction between *jure gestionis* and *jure imperii*, which is often used for practical purposes to group together certain exceptions, depending on the nature of the acts involved, is far from being universally applied in a uniform manner, since the categorization of certain acts under one class of acts or the other still remains

22. Si les juridictions nationales ont été le fer de lance de la réduction de la portée de l'immunité, cette évolution est aussi, dans une large mesure, due à la reconnaissance croissante des droits des particuliers engagés dans des transactions commerciales avec des Etats ou des entités contrôlées par ceux-ci. De fait, c'est afin de protéger les droits des personnes privées ou morales vis-à-vis des Etats que les juridictions nationales ont adopté, dès le XIX^e siècle, une conception restrictive des immunités. Il en va de même de l'exception territoriale, conçue pour protéger les droits des individus contre les Etats.

23. Bien qu'elle joue un rôle important dans la conduite de relations harmonieuses et amicales entre les Etats, l'immunité n'est donc pas une règle juridique dont la portée est clairement définie en toutes circonstances ou dont la cohérence et la stabilité sont absolues. Des différences considérables existent en effet dans la manière dont sa portée et son étendue sont interprétées et appliquées par les Etats, notamment par les juridictions nationales. Aussi n'y a-t-il pas grand sens à considérer que certaines exceptions font partie du droit international coutumier alors que leur application continue de donner lieu à des décisions judiciaires nationales divergentes, et à considérer que d'autres, fondées sur des décisions tout aussi contradictoires, étayent l'inexistence de normes coutumières. Pareille approche peut donner l'impression que les décisions retenues, en particulier lorsqu'elles sont relativement peu nombreuses de part et d'autre de la balance, l'ont été par opportunité.

24. L'on peut ainsi se demander si les décisions rendues par une poignée de juridictions nationales (voir paragraphes 73-74 de l'arrêt) peuvent être considérées comme une pratique étatique étayant l'existence d'une règle de droit international coutumier selon laquelle

« un Etat continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes *jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'Etat du for » (arrêt, par. 77).

L'on peut également se demander pourquoi il conviendrait d'accorder, aux fins d'établir l'existence de normes de droit coutumier, davantage d'importance à ces décisions qu'à celles des juridictions supérieures d'Italie et de Grèce (*ibid.*, par. 27-36). Le droit international coutumier n'est-il qu'une question de chiffres ?

N'aurait-il pas été plus juste de reconnaître, au vu de décisions judiciaires contradictoires et de pratiques étatiques divergentes, que le droit international coutumier demeure, dans ce domaine, fragmentaire et incertain ?

25. Il convient de rappeler que même la distinction classique entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*, souvent utilisée pour des raisons pratiques afin de regrouper certaines exceptions en fonction de la nature des actes en cause, est loin d'être appliquée universellement et de manière uniforme, la qualification de certains actes demeurant controversée parmi

a matter of controversy among States and national courts. Moreover, the definition of the basic concept underlying the distinction, namely commercial transactions, remains elusive. In the meantime, the exceptions and derogations to which State immunity is subject keep growing all the time.

26. State immunity is, as a matter of fact, as full of holes as Swiss cheese. Thus, to the extent that customary norms of international law are to be found in the practice and *opinio juris* of States, such practice clearly attests to the fact that the scope and extent of State immunity, particularly in the area of violations of human rights and humanitarian law, which is currently characterized by conflicting decisions of national courts in its interpretation and application, remains an uncertain and unsettled area of international custom, whose contours are ill-defined.

27. These uncertainties cannot adequately be resolved, in my view, through a formalistic exercise of surveying conflicting judicial decisions of domestic courts, which remain sparse as regards human rights and humanitarian law violations arising from armed conflict (or the lack of reparations for such violations), and counting those in favour of applying immunity and those against it. Such a process is unlikely to yield very useful results or to contribute to the clarification of the law in this field. Moreover, State immunity from jurisdiction cannot be interpreted in an abstract manner or applied in a vacuum. The specific features and circumstances of each case, and the factors underlying it, have to be fully taken into account. In the present case, it is claims for reparations for unlawful acts admitted by the responsible State that are at issue, where no alternative means of redress appear to be available. This is the reason why this case is rather unusual, as recognized in the Judgment (para. 60).

28. When jurisdictional immunities come into conflict with fundamental rights consecrated under human rights or humanitarian law, for which a forum State has an obligation to secure and enforce in its territory, and whose realization reflects basic values of the international community, it is much more appropriate to have regard to the manner in which, under contemporary international law, “[a] balance . . . must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community” (see *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal, p. 85, para. 75). In today’s world, the use of State immunity to obstruct the right of access to justice and the right to an effective remedy may be seen as a misuse of such immunity.

29. Such a balance has to be sought between the intrinsic functions and purposes of immunity, and the protection and realization of fundamental human rights and humanitarian law principles. The European Court of Human Rights (ECHR) recognized the necessity of balancing the granting of immunity (in the case of international organizations) with

les Etats et les juridictions nationales. De surcroît, la définition de la notion fondamentale qui sous-tend cette distinction, à savoir les transactions commerciales, reste floue. Dans le même temps, les exceptions et dérogations à l'immunité de l'Etat ne cessent de se développer.

26. L'immunité de l'Etat fait, en réalité, penser à un gruyère. Aussi, pour autant que la pratique et l'*opinio juris* des Etats révèlent l'existence de normes coutumières de droit international, il apparaît clairement que la portée et l'étendue de l'immunité de l'Etat, en particulier dans le domaine des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire — qui se caractérise aujourd'hui par des décisions judiciaires nationales contradictoires du point de vue de son interprétation et de son application —, restent un pan de la coutume internationale incertain et changeant, dont les contours sont mal définis.

27. Ces incertitudes ne peuvent, selon moi, être adéquatement levées en s'en tenant à l'examen de décisions judiciaires contradictoires rendues par des juridictions nationales — qui sont d'ailleurs peu nombreuses en ce qui concerne les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire dans le cadre d'un conflit armé (ou l'absence de réparation à raison de telles violations) —, pour ensuite recenser celles qui sont favorables à l'application de l'immunité et celles qui ne le sont pas. Je doute que cette méthode permette d'obtenir des résultats véritablement utiles ou contribue à la clarification du droit dans ce domaine. En outre, l'immunité de juridiction des Etats ne peut être interprétée dans l'abstrait ou appliquée hors de tout contexte; les caractéristiques des différentes affaires, les circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivent, ainsi que les facteurs qui les sous-tendent, doivent être pleinement pris en compte. En l'espèce étaient en cause des demandes de réparation découlant d'actes illicites admis par l'Etat responsable, pour lesquelles aucune autre voie de recours ne semblait disponible. C'est ce qui rendait l'affaire assez inhabituelle, ainsi que cela a d'ailleurs été reconnu dans l'arrêt (par. 60).

28. Lorsque les immunités juridictionnelles entrent en conflit avec certains droits fondamentaux consacrés par les droits de l'homme ou le droit humanitaire, que l'Etat du for a pour obligation de garantir et d'appliquer sur son territoire et dont la réalisation reflète des valeurs fondamentales de la communauté internationale, il est bien plus approprié de s'interroger sur la manière dont, en droit international contemporain, «il faut ... réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale» (voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 85, par. 75). Dans le monde actuel, utiliser l'immunité de l'Etat pour faire obstacle au droit d'accès à la justice et au droit à un recours effectif peut être considéré comme abusif.

29. L'équilibre susmentionné doit être recherché entre les fonctions et l'objet intrinsèques de l'immunité, d'une part, la protection et la réalisation des droits fondamentaux de l'homme et des principes du droit humanitaire, d'autre part. Dans les affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme

the right of access to courts and the right to an effective remedy in *Waite and Kennedy v. Germany* and *Beer and Regan v. Germany* by underlining that:

“For the Court, a material factor in determining whether granting ESA (the European Space Agency) immunity from German jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention.” (ECHR, *Waite and Kennedy v. Germany* (application No. 26083/94, judgment of 18 February 1999, para. 68); and ECHR, *Beer and Regan v. Germany* (application No. 28934/95, judgment of 18 February 1999, para. 58).)

30. The assessment of whether, in the present case, immunity should have been granted or could have been denied under international law by the Italian courts cannot exclude, in my view, the application of the general principles underlying human rights and humanitarian law and embodying basic rights such as the right to an effective remedy, the right to compensation for damages suffered as a result of breaches of humanitarian law, and the right to protection from denial of justice, which are directly relevant to the particular circumstances of the claims submitted to those courts. Nor can the law of State immunity, as raised by the cases before the Italian courts, be interpreted in a way which conflicts with the realization of those rights in the context of contemporary international law. Even more importantly, recourse should be had to those principles, and to an assessment of the proportionality and legitimacy of purpose of granting immunity, when the rules on State immunity or the exceptions to it are either fragmentary or unsettled, such as in the case of human rights or humanitarian law violations for which appropriate reparations have not been made.

31. Such principles include those proclaimed by the United Nations General Assembly as “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law” (resolution 60/147 of 16 December 2005) according to which:

“11. Remedies for gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law include the victim’s right to the following as provided for under international law:

- (a) Equal and effective access to justice;
- (b) Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered;
- (c) Access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms.”

(ci-après la «CEDH») a ainsi reconnu la nécessité de mettre en balance l'octroi de l'immunité (dans le cas d'organisations internationales) avec le droit d'accès à la justice et le droit à un recours effectif. Elle a souligné que,

«pour déterminer si l'immunité de l'ASE [l'Agence spatiale européenne] devant les juridictions allemandes est admissible au regard de la Convention, il import[ait], selon la Cour, d'examiner si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger leurs droits garantis par la Convention» (CEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne* (requête n° 26083/94, arrêt du 18 février 1999, par. 68; et affaire *Beer et Regan c. Allemagne* (requête n° 28934/95, arrêt du 18 février 1999, par. 58).

30. L'examen de la question de savoir si, en la présente affaire, le droit international prescrivait aux juridictions italiennes d'accorder l'immunité à l'Allemagne ou s'il les autorisait à ne pas le faire ne peut, à mon sens, exclure l'application des principes généraux qui sous-tendent les droits de l'homme et le droit humanitaire, et consacrent certains droits fondamentaux tels que le droit à un recours effectif, le droit à réparation à raison de dommages subis du fait de violations du droit humanitaire et le droit à la protection contre les dénis de justice, autant de droits pertinents compte tenu des circonstances dans lesquelles s'inscrivaient les actions en cause. Le droit de l'immunité des Etats, tel qu'invoqué dans les affaires soumises aux juridictions italiennes, ne peut pas non plus être interprété d'une façon qui contrarierait la réalisation de ces droits au regard du droit international contemporain. Plus important encore, lorsque les règles régissant l'immunité de l'Etat ou les exceptions à celle-ci se révèlent fragmentaires ou incertaines — comme dans le cas de violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire n'ayant pas donné lieu à une réparation appropriée —, il conviendrait de prendre en considération les principes susmentionnés et d'apprécier l'octroi de l'immunité à l'aune des critères de proportionnalité et de légitimité.

31. Parmi ces principes figurent ceux que l'Assemblée générale des Nations Unies a proclamés au titre des «[p]rincipes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005. Aux termes de cette résolution,

«11. Les recours contre les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire comprennent le droit de la victime aux garanties suivantes, prévues par le droit international :

- a) Accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité;
- b) Réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi;
- c) Accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation.»

The UN basic principles further provide that:

“12. A victim of a gross violation of international humanitarian law . . . shall have equal access to an effective judicial remedy as provided for under international law.”

32. In explaining the provisions of the General Assembly resolution, the United Nations Special Rapporteur Theo van Boven noted that:

“From the outset the Principles and Guidelines were based on the law of State responsibility . . . It was argued, however, by some Governments that the Articles on State responsibility were drawn up with inter-State relations in mind and would not per se apply to relations between States and individuals. This argument was countered in that it ignored the historic evolution since the Second World War of human rights having become an integral and dynamic part of international law as endorsed by numerous widely ratified international human rights treaties. It was also said to ignore that the duty of affording remedies for governmental misconduct was so widely acknowledged that the right to an effective remedy for violations of human rights and *a fortiori* of gross human rights violations, may be regarded as forming part of customary international law.” (Theo van Boven, *The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, United Nations Audiovisual Library of International Law, pp. 1-2.)

33. Similarly, the Report of the United Nations Commission on Darfur states that:

“at present, whenever a gross breach of human rights is committed which also amounts to an international crime, customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on the States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as *de jure* or *de facto* organs, to make reparations (including compensation) for the damage done” (*Report of the International Commission of Enquiry on Darfur*, 25 January 2005, paras. 598-599).

34. Among the three categories of Italian victims of unlawful acts committed by the Nazi régime mentioned in paragraph 52 of the Judgment, the Court highlights in particular the plight of the Italian military internees (IMIs) who were excluded by Germany from eligibility for reparations on the ground that prisoners of war were not entitled to compensation for

Il est ensuite précisé que

«12. [L]es victimes d'une violation flagrante du droit international ... humanitaire auront, dans des conditions d'égalité, accès à un recours judiciaire utile, conformément au droit international.»

32. Lorsqu'il a présenté les dispositions de cette résolution de l'Assemblée générale, le rapporteur spécial de l'Organisation des Nations Unies, Theo van Boven, a relevé ce qui suit :

««Les principes et directives» ont, dès le départ, été fondés sur le droit de la responsabilité de l'Etat... Certains gouvernements ont toutefois soutenu que les articles sur la responsabilité de l'Etat avaient été conçus pour régir les relations interétatiques et qu'ils ne devaient pas, *per se*, s'appliquer aux relations entre les Etats et les individus. Cet argument a été contesté en ce qu'il ne tenait pas compte de l'évolution intervenue depuis la seconde guerre mondiale dans le domaine des droits de l'homme, lesquels constituent désormais une partie intégrante et dynamique du droit international, ce qu'attestent les très nombreux traités internationaux, largement ratifiés, qui ont été conclus dans ce domaine. Il a également été avancé que cet argument ne tenait pas compte du fait que l'obligation d'accorder réparation à raison d'une faute de l'Etat était si largement reconnue que le droit à un recours effectif à raison de violations des droits de l'homme et, *a fortiori*, de violations graves des droits de l'homme pouvait être considéré comme faisant partie du droit international coutumier.» (Theo van Boven, *The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Bibliothèque audiovisuelle sur le droit international de l'Organisation des Nations Unies, p. 1-2.)

33. De même, dans le rapport de la commission des Nations Unies sur le Darfour, il est précisé que,

«à l'heure actuelle, ... en cas de violation grave des droits de l'homme constituant un crime de droit international, le droit international coutumier non seulement reconnaît la responsabilité pénale des auteurs de la violation, mais aussi impose à l'Etat ou aux États dont ils sont ressortissants ou dont ils sont, en droit ou en fait, les agents l'obligation de réparer (y compris par une indemnisation) le préjudice causé» (*Rapport de la commission internationale d'enquête sur le Darfour*, 25 janvier 2005, par. 598-599).

34. Parmi les trois catégories de victimes italiennes d'actes illicites commis par le régime nazi qui sont mentionnées au paragraphe 52 de l'arrêt, la Cour insiste plus particulièrement sur le sort des internés militaires italiens, auxquels l'Allemagne a refusé d'accorder réparation au motif que les prisonniers de guerre n'avaient pas droit à réparation pour travail

forced labour, although they were, as a matter of fact, denied treatment as prisoners of war by the Nazi authorities. Having determined that at least this category of victims had no possibility of receiving compensation from Germany through other mechanisms such as inter-State agreements or the national legislation of Germany, the Court, should have, in my view, conducted an assessment of whether by granting immunity to Germany the Italian courts would have impaired the IMIs' right to reparation, or their access to justice, or their right to an effective remedy for the damages suffered.

35. Immunity is not an immutable value in international law. Its adjustability to the evolution of the international society, and its flexibility, are evidenced by the number of exceptions built gradually into it over the past century, most of which reflect the growing normative weight attached to the protection of the rights of the individual against the State, be that as a private party to commercial transactions with the State or as a victim of tortious acts by State officials. This is not to say that the importance of immunity to the stability of relations among States or to the orderly allocation and exercise of jurisdiction in proceedings concerning States has been weakened. Immunity continues to perform those functions, despite the growing number of exceptions.

36. The granting or denial of immunity by domestic courts, in cases involving claims arising from international crimes where the law of State immunity, and exceptions thereto, is still uncertain or unsettled, requires a contextual assessment not only to ensure the proper characterization of the nature of the claims involved, but also to review the effect that such a decision may have on other normative values to which the international community attaches similar importance. It is indeed widely recognized in the jurisprudence of domestic courts that, before ruling on the existence of immunity as a right of the foreign State, a review of the underlying factors of the case has to be conducted to determine whether or not an exception applies (see, for example, *Conrades v. United Kingdom* (1981), 65 *ILR* 205 (Hanover Labour Court); *Farouk Abdul Aziz v. Yemen* (2005) the Court of Appeal (Civil Division) of England, [2005] *EWCA* civ 745, paras. 61-62; Supreme Court of Canada, *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010 *SCC* 40, [2010] 2 *SCR* 571, para. 33). In this context, the *Cour de cassation* in France declared, in the *Bucheron* case, that:

“whereas the jurisdictional immunity of foreign States, while automatic, is only relative and admits some exceptions; whereas, therefore, the court before which it is invoked must assess its validity in the light of the merits of the case, in order to determine whether or not there is cause to uphold the special motion to dismiss” (No. 02-45961, 16 December 2003, *Bull. civ.*, 2003, No. 258, p. 206).
[Translation by the Registry.]

forcé, et ce, alors même que les intéressés s'étaient vu, dans les faits, refuser le statut de prisonnier de guerre par les autorités nazies. Ayant établi que cette catégorie de victimes au moins n'avait pas la possibilité d'obtenir réparation de l'Allemagne par le biais d'autres mécanismes, tels que des accords interétatiques ou la législation nationale de ce pays, la Cour aurait dû, selon moi, se demander si l'octroi de l'immunité à l'Allemagne par les juridictions italiennes aurait porté atteinte au droit à réparation des internés militaires, à leur droit d'accès à la justice ou à leur droit à un recours effectif à raison des dommages subis.

35. L'immunité n'est pas une valeur immuable du droit international. Son adaptabilité à l'évolution de la société internationale, ainsi que sa souplesse, sont attestées par le nombre d'exceptions qui se sont progressivement fait jour au cours du dernier siècle, la plupart reflétant le poids normatif croissant attaché à la protection des droits des particuliers vis-à-vis de l'Etat, que ce soit lorsque ceux-ci participent à titre privé à des transactions commerciales avec lui ou lorsqu'ils sont victimes d'actes dommageables commis par ses représentants. Cela ne signifie pas que l'importance du rôle que joue l'immunité aux fins de la stabilité des relations interétatiques ou d'une attribution et d'un exercice rationnels de la compétence dans les affaires impliquant des Etats ait été affaiblie. En dépit du nombre croissant d'exceptions, l'immunité continue en effet de remplir ces fonctions.

36. Lorsque le droit de l'immunité de l'Etat et les exceptions y relatives demeurent incertains et changeants, l'octroi ou non de l'immunité par les juridictions nationales dans des affaires se rapportant à des demandes découlant de crimes internationaux nécessite un examen contextuel non seulement pour que soit donnée la qualification juridique appropriée aux demandes en cause, mais également pour que puisse être appréciée l'incidence que cela pourrait avoir sur d'autres valeurs normatives auxquelles la communauté internationale attache une importance similaire. De fait, il est largement admis dans la jurisprudence nationale que, avant de se prononcer sur l'existence de l'immunité en tant que droit de l'Etat étranger, le tribunal saisi doit examiner les éléments sous-tendant l'affaire afin de déterminer si une exception s'applique ou non (voir, par exemple, *Conrades c. Royaume-Uni* (1981), *ILR*, vol. 65, p. 205 (tribunal des prud'hommes de Hanovre); *Farouk Abdul Aziz c. Yémen* (2005), [2005] EWCA, civ 745, par. 61-62 (cour d'appel d'Angleterre, chambre civile); *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 RCS 571, par. 33 (Cour suprême du Canada)). A cet égard, la Cour de cassation française a déclaré ce qui suit en l'affaire *Bucheron* :

«attendu que l'immunité de juridiction des Etats étrangers, bien qu'étant de principe, n'est que relative et connaît des exceptions; qu'il en résulte que la juridiction devant laquelle elle est invoquée est dans la nécessité d'en apprécier le bien-fondé au regard du fond du litige pour décider s'il y a lieu d'accueillir ou non cette fin de non-recevoir d'une nature particulière» (n° 02-45961, 16 décembre 2003, *Bull. civ.*, 2003, n° 258, p. 206).

37. Thus, the preliminary nature of immunity from jurisdiction does not preclude national courts, in this case the Italian courts, from assessing the context in which the claim has been made to ensure a proper legal characterization of the acts for which immunity is claimed, and where necessary, to balance the different factors underlying the case to determine whether the court has jurisdiction.

38. In the present case, Germany's arguments revolved around the idea that there is no relevant limitation on the immunity to which a State is entitled in respect of *acta jure imperii* in the sense that:

“[n]o general practice, supported by *opinio juris*, exists as to any enlargement of the derogation from the principle of State immunity in respect of violations of humanitarian law committed by military forces during an armed conflict” (Memorial of Germany, para. 55).

According to Germany,

“[t]he practice regarding the settlement of war claims is very consistent. Such claims are generally settled under international treaties in the relationship between the States concerned. Specifically with regard to all the claims resulting from World War II, this traditional course was followed.” (*Ibid.*)

39. Italy, on the other hand, maintained that:

“The ongoing German denial of appropriate and effective reparation to a large number of Italian victims of IHL committed by German authorities during the final part of the Second World War, as recognized and renewed by Germany through the 1961 Agreements as well as subsequent unilateral measures, needed to be addressed.” (Counter-Memorial of Italy, para. 6.15.)

In the view of the Italian side:

“Italian judges, facing such a blatant and long-lasting denial of reparation in violation of all relevant rules of international law, could not simply turn down victims' claims by recognizing the principle of State immunity. Clearly, the judges had the feeling that by applying a purely procedural principle in the face of the gravity of crimes for which no reparation has yet been made, they would create a typical situation of denial of justice. Had Italian courts granted immunity they would have put a full stop to the entire question of reparation to thousands of victims. They would have effectively denied any possibility for these claims to achieve any objective. On the contrary, they had very serious justifications for setting aside the immunity of Germany and verifying whether the claims were substantiated on the merits.” (*Ibid.*, para. 6.16.)

37. Le caractère préliminaire de la question de l'immunité de juridiction n'empêche donc pas les tribunaux nationaux — en l'espèce, italiens — d'examiner le contexte par rapport auquel la réclamation a été formulée afin de donner une qualification juridique appropriée aux actes à l'égard desquels l'immunité est revendiquée, et, lorsque cela est nécessaire, de mettre en balance les différents éléments sous-tendant l'affaire en vue de déterminer s'ils sont ou non compétents.

38. En la présente espèce, les arguments de l'Allemagne s'articulaient autour de l'idée selon laquelle aucune limitation à l'immunité dont jouit un Etat en ce qui concerne les actes *jure imperii* n'était applicable, en ce sens que

«il n'existe pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des Etats aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces armées pendant un conflit armé» (mémoire de l'Allemagne, par. 55).

Toujours selon l'Allemagne,

«[l]a pratique relative au règlement des réclamations nées d'un conflit armé est parfaitement constante. Les traités internationaux régissant les relations entre les Etats intéressés contiennent généralement des dispositions relatives au règlement de ces demandes d'indemnisation. Les réclamations résultant de la seconde guerre mondiale, en particulier, ont toutes été réglées par cette voie traditionnelle.» (*Ibid.*)

39. L'Italie a, quant à elle, soutenu ce qui suit :

«Le refus d'une réparation appropriée et effective que l'Allemagne continue d'opposer à un grand nombre de victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire commises par les autorités allemandes au cours de la dernière période de la seconde guerre mondiale, qui ont été reconnues et confirmées par l'Allemagne moyennant les accords de 1961 et des mesures unilatérales prises par la suite, devait être examiné.» (Contre-mémoire de l'Italie, par. 6.15.)

Et l'Italie d'ajouter :

«Face à un refus de réparation aussi flagrant et prolongé en violation de toutes les règles pertinentes du droit international, les juges italiens ne pouvaient simplement rejeter les actions des victimes en reconnaissant le principe de l'immunité des Etats. Il est clair que, au vu de la gravité des crimes qui n'avaient pas encore donné lieu à une réparation, les juges avaient le sentiment qu'en appliquant un principe de nature purement procédurale ils feraient naître une situation classique de déni de justice. Si les juridictions italiennes avaient accordé l'immunité, elles auraient mis un point final à l'ensemble de la question de la réparation pour des milliers de victimes. Elles auraient en effet exclu toute possibilité que ces actions aboutissent à un quelconque résultat. En revanche, elles avaient des justifications très sérieuses pour écarter l'immunité de l'Allemagne et vérifier si les demandes étaient justifiées au fond.» (*Ibid.*, par. 6.16.)

40. The issue of the possible conflict between State immunity and reparations arising from violations of humanitarian law has recently been dealt with in a report and a resolution of the Institut de droit international. In introducing the report, which was titled “The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction of States” to the Naples Session of the Institut in 2009, Lady Fox stated that

“a further difficulty arose as regards State immunity, namely whether it was illogical and possibly morally unjustifiable that an individual official might currently be subject to criminal persecution in national courts but that the State which ordered the acts might be sheltered by immunity from civil proceedings for reparation for the consequences of such crimes” (*Annuaire de l’Institut de droit international, session de Naples*, Vol. 73, p. 110).

41. In its resolution on the report presented by Lady Fox, the Institut considered among other things, “the underlying conflict between immunity from jurisdiction of States and their agents, and claims arising from international crimes” and made two statements which are relevant to the issues in dispute before the Court. First, it is recognized, in a preambular paragraph, 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”. Secondly, it is stated in paragraph 2, of Article II, on Principles that: “Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of crimes addressed by this resolution are entitled.” (*Ibid.*, pp. 228-230.)

42. I believe that these statements reflect the current state of international law as regards the relationship between State immunity and claims for reparations arising from unlawful acts committed in the course of an armed conflict, particularly in exceptional circumstances such as those faced by the Italian victims of atrocities committed by the Third Reich during the Second World War where no other means of redress appear to be available. The statements cannot be taken to mean, in my view, that immunity should be set aside whenever claims for reparation of crimes committed by the agents of a foreign State are submitted to domestic courts. They rather indicate the necessity of appropriate and effective reparations to victims of crimes, and that immunity should not be an obstacle to such reparation in those exceptional circumstances where no other means of redress is available. This is a very limited exception to immunity bounded by the special circumstances arising from the lack of other remedial avenues for the victims. The manner in which these considerations could be applied to the present case is discussed in paragraphs 49-54 below.

40. La question du conflit pouvant exister entre l'immunité de l'Etat et les réparations dues à raison de violations du droit humanitaire a récemment fait l'objet d'un rapport et d'une résolution de l'Institut de droit international. Lorsqu'elle a présenté ce rapport, intitulé «Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international», à la session de Naples de l'Institut en 2009, lady Fox a déclaré ce qui suit :

«une difficulté supplémentaire s'est fait jour en ce qui concerne l'immunité de l'Etat : était-il illogique, voire injustifiable d'un point de vue moral, qu'un représentant de l'Etat puisse aujourd'hui faire l'objet de poursuites pénales devant les juridictions nationales tandis que l'Etat ayant ordonné les actes en cause pourrait, lui, s'abriter derrière son immunité de juridiction civile pour ce qui est des réparations dues à raison de tels crimes?» (*Annuaire de l'Institut de droit international, session de Naples*, vol. 73, p. 110).

41. Dans la résolution qu'il a adoptée sur la base du rapport présenté par lady Fox, l'Institut s'est notamment intéressé au «conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part», et a formulé deux observations pertinentes en ce qui concerne les questions dont la Cour a eu à connaître en l'espèce. Premièrement, il a reconnu, dans un alinéa du préambule, que «la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales [était] un des moyens d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective». Deuxièmement, il a indiqué, au paragraphe 2 de l'article II, consacré aux principes, que «[l]es immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate [à laquelle] ont droit les victimes des crimes visés par la présente résolution» (*ibid.*, p. 228-230).

42. Ces observations reflètent selon moi l'état actuel du droit international en ce qui concerne le lien entre immunité de l'Etat et demandes de réparation découlant d'actes illicites commis au cours d'un conflit armé, en particulier dans des circonstances aussi exceptionnelles que celles auxquelles ont été confrontées les victimes italiennes d'atrocités commises par le III^e Reich pendant la seconde guerre mondiale, qui ne semblaient disposer d'aucune autre voie de recours. Elles ne sauraient toutefois être interprétées comme signifiant que l'immunité doit être écartée chaque fois que des demandes de réparation à raison de crimes commis par les agents d'un Etat étranger sont présentées à des juridictions nationales. Ces observations visent plutôt à souligner la nécessité d'accorder une réparation appropriée et effective aux victimes, l'immunité ne devant pas y faire obstacle lorsque, à titre exceptionnel, aucune autre voie de recours n'est disponible. Il s'agit là d'une exception à l'immunité fort limitée, circonscrite par les circonstances spéciales liées à l'absence d'autres voies de recours. La manière dont il aurait pu être tenu compte de ces considérations en la présente affaire est examinée aux paragraphes 49 à 54 ci-dessous.

V. DOMESTIC COURTS, STATE IMMUNITY AND THE RIGHT
TO REPARATION FOR VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN
LAW COMMITTED IN THE FORUM STATE

43. The law relating to State immunity has historically evolved through the decisions of domestic courts. It is in such domestic courts that the nature and scope of State immunity has most often been determined and developed over the ages. It is to them that we owe the distinction between *jure gestionis* and *jure imperii* as well as other derogations and exceptions to State immunity. Divergences and conflicts in the interpretation and application of the law to specific circumstances are bound to arise in such a diversified setting. It is not therefore surprising that many aspects of these exceptions and derogations remain unsettled.

44. The decisions of the Italian courts, as well as the *Distomo* decision in Greece, may be viewed as part of a broader evolutionary process, in the context of judicial decisions by domestic courts, which has given rise to a number of exceptions to the jurisdictional immunity of States, such as the tort exception, the employment exception and the intellectual property exception. The question of course may be asked whether any of these exceptions should have been considered as violations of international law when they were first established by one or two national courts, given the unsettled nature of the scope and extent of State immunity in customary international law at the time of the decision.

45. In this connection, it is of particular interest that the Court refers approvingly to the 1961 judgment of the Supreme Court of Austria in *Holubek v. Government of the United States of America* (*ILR*, Vol. 40, 1962, p. 73), which may have been one of the first decisions to recognize the notion of tort exception to State immunity. One could perhaps try to imagine the fate of this important exception, which is now widely applied and has been codified into all the existing conventions on State immunity, had the Austrian judgment been found to be in violation of the law of State immunity by an international judicial body in the mid-sixties. A nascent norm, which has come to reflect a widely held *opinio juris* and State practice, would have been undoubtedly nipped in the bud.

46. As Lord Denning commented with respect to the exception of *acta jure gestionis*: “Whenever a change is made, someone some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood.” (Quoted in *Brohmer, State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, p. 20, note 85.)

47. Certain rules of international law may remain in a grey zone, and their existence may be debated in legal scholarship, until such time as a court of law — in the case of State immunities, a domestic court of law —

V. JURIDICTIONS NATIONALES, IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET DROIT
 À RÉPARATION À RAISON DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL
 HUMANITAIRE COMMISES DANS L'ÉTAT DU FOR

43. Le droit relatif à l'immunité de l'Etat a évolué au fil des années du fait des décisions rendues par les juridictions nationales. Ce sont ces tribunaux qui, le plus souvent, ont déterminé et précisé la nature et la portée de l'immunité de l'Etat. C'est à eux que nous devons la distinction entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*, ainsi que d'autres dérogations et exceptions à l'immunité de l'Etat. Etant donné la diversité de ces juridictions, certaines divergences et certains conflits quant à l'interprétation et à l'application de ce droit à des circonstances spécifiques existent nécessairement. Aussi n'est-il pas surprenant que de nombreux aspects de ces exceptions et dérogations demeurent incertains.

44. Les décisions des tribunaux italiens tout comme l'arrêt *Distomo* rendu en Grèce peuvent être considérés comme s'inscrivant dans un processus d'évolution plus général, où les décisions des juridictions nationales ont donné naissance à un certain nombre d'exceptions à l'immunité de juridiction des Etats, telles que l'exception territoriale, l'exception en matière d'emploi et l'exception en matière de propriété intellectuelle. On peut bien sûr se demander si, compte tenu du caractère incertain de la portée et de l'étendue de l'immunité de l'Etat en droit international coutumier à l'époque où les décisions pertinentes ont été rendues, ces exceptions auraient dû être considérées comme contraires au droit international lorsqu'elles ont été énoncées pour la première fois par une ou deux juridictions nationales.

45. A cet égard, il est particulièrement intéressant que la Cour renvoie, en y souscrivant, à l'arrêt rendu en 1961 par la Cour suprême d'Autriche en l'affaire *Holubek c. Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique* (ILR, vol. 40, 1962, p. 73), lequel est sans doute l'un des premiers à avoir reconnu la notion d'exception territoriale à l'immunité de l'Etat. Quel aurait été le sort de cette importante exception — qui est aujourd'hui largement appliquée et a été codifiée dans toutes les conventions existantes sur l'immunité de l'Etat — si l'arrêt de la Cour suprême d'Autriche avait été jugé contraire au droit de l'immunité de l'Etat par un organe judiciaire international au milieu des années 1960? Une norme naissante, qui reflète aujourd'hui une *opinio juris* et une pratique étatique largement répandues, aurait alors assurément été tuée dans l'œuf.

46. Ainsi que lord Denning l'a fait observer en ce qui concerne l'exception relative aux actes *jure gestionis*, «[c]haque fois qu'un changement intervient, c'est parce que quelqu'un a fait, à un moment donné, le premier pas. Un pays peut enclencher seul le processus, et être ensuite suivi par d'autres. Les petits ruisseaux font les grandes rivières.» (Cité dans *Brohmer, State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, p. 20, note 85.)

47. Certaines règles du droit international peuvent demeurer incertaines et voir leur existence faire l'objet de débats dans la doctrine, jusqu'à ce qu'une juridiction — nationale, dans le cas des immunités de l'Etat —

clarifies their status and establishes their legal quality. This has happened many times with respect to the exceptions and derogations to State immunity. It is not indeed through diplomatic exchanges, or through the conclusion of conventions, or even through the pronouncements of international judicial or arbitral bodies that the exceptions and derogations to State immunity have developed. It has most often occurred through single, and sometimes isolated, domestic court decisions, which gradually turned mainstream.

48. Thus, in the area of State immunity it is not to be excluded that such domestic courts may be performing a law-development function, even when their decisions are not yet shared by other jurisdictions or are considered, at first sight, not to conform to what may have hitherto been viewed as State practice. The Court itself appears to recognize the potential of domestic courts for further development of the law of immunity through its references to certain judicial decisions which were the first to formulate some of the derogations and exceptions to State immunity.

49. In his report to the Institut de droit international on "The Activities of National Judges and the International Relations of Their State", Professor Benedetto Conforti stated the following:

"In Articles 4-7 of the draft resolution, the independence of national courts . . . is considered in relation to the various sources of international law. Beginning with customary law, it does not seem that there has ever been any doubt that national courts, when they are called upon to apply a customary rule, are fully independent with respect to its ascertainment. There are, however, at least two aspects of such ascertainment which have a rather problematic nature: one concerns the court's participation in the formation and modification of customary law . . .

As far as the first aspect is concerned, we can say, in keeping with the main trend in domestic case law, that the courts are able to review whether a customary rule corresponds to the exigencies of equity and justice, and if it does not, to refuse to apply it, provided that such course of action has a basis in State practice, even if it is still fragmentary and at a formative stage."

He then added:

"To conclude on this point, we can say that the judge may refuse to apply an international customary norm or consider it wholly or in part modified if he ascertains the existence of an *opinio necessitates* in this sense, and if the extinction of the norm or the formation of a new norm has its basis in an international and/or domestic practice, even if such practice is fragmentary." (Provisional Report, Part 2 — Judicial Independence and the Sources of International Law, pp. 386-387.)

clarifie leur statut et établit leur nature juridique. Cela s'est produit à de nombreuses reprises pour les exceptions et dérogations à l'immunité de l'Etat. En effet, ce n'est pas au travers d'échanges diplomatiques ou par la conclusion de conventions, ni même par des décisions internationales ou sentences arbitrales, qu'elles se sont développées. Leur évolution a le plus souvent résulté d'un très petit nombre de décisions, voire de décisions isolées, rendues par des juridictions nationales, qui ont peu à peu été généralement acceptées.

48. Il n'est dès lors pas à exclure que, dans le domaine de l'immunité de l'Etat, les juridictions nationales puissent participer au développement du droit, et ce, même lorsque leurs conclusions ne sont pas partagées par d'autres tribunaux ou sont perçues, *prima facie*, comme n'étant pas conformes à ce qui était jusqu'alors considéré comme étant la pratique étatique. En se référant à des décisions judiciaires dans lesquelles certaines dérogations et exceptions à l'immunité de l'Etat ont été formulées pour la première fois, la Cour semble elle-même reconnaître que les tribunaux nationaux peuvent jouer un rôle dans le développement futur de cette branche du droit.

49. Dans le rapport qu'il a présenté à l'Institut de droit international intitulé «L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat», le professeur Benedetto Conforti a déclaré ce qui suit :

«Aux articles 4 à 7 du projet de résolution, l'indépendance des juridictions nationales ... est examinée au regard des différentes sources du droit international. Pour ce qui est tout d'abord du droit coutumier, il n'y a jamais eu de doute, semble-t-il, que les tribunaux nationaux, lorsqu'ils sont appelés à appliquer une règle coutumière, jouissent d'une liberté d'appréciation totale. A cet égard, deux aspects au moins posent toutefois problème: le premier a trait à la participation de ces juridictions à la formation et à l'évolution du droit coutumier...

S'agissant du premier aspect, nous pouvons considérer, en nous en tenant à la tendance dominante dans la jurisprudence nationale, que les juridictions peuvent examiner la question de savoir si une règle coutumière répond aux exigences d'équité et de justice et, si tel n'est pas le cas, refuser de l'appliquer, à condition toutefois que ce choix soit étayé par la pratique étatique, quand bien même celle-ci serait encore fragmentaire et en cours de formation.»

Et M. Conforti d'ajouter :

«Pour conclure sur ce point, nous pouvons dire que le juge est fondé à refuser d'appliquer une norme coutumière internationale ou à estimer qu'elle est totalement ou partiellement modifiée s'il constate l'existence d'une *opinio necessitates* en ce sens, et si l'extinction de cette norme ou l'émergence d'une norme nouvelle trouve son origine dans une pratique internationale et/ou nationale, même fragmentaire.» (Rapport provisoire, deuxième partie, L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat, p. 386-387.)

50. Both the rules on State immunity and the entitlement of individuals to reparations following the commission by State agents of international crimes are undergoing transformation. The Institut de droit international recognized as much in its above-mentioned Naples resolution in which reference was made to “the underlying conflict between immunity from jurisdiction of States and their agents and claims arising from international crimes”. Such conflict did not exist in the past. It is of recent origin. It has arisen as a result of a widely held view in the international community (some sort of an *opinio juris necessitates*) according to which State immunity should not be used as a screen to avoid reparations to which victims of crimes are entitled. This is the situation in my view with which the Italian “Corte di Cassazione” was faced in the *Ferrini* case and in subsequent cases.

51. The assertion of jurisdiction by domestic courts for a failure to make reparations for serious breaches of the law of armed conflict admitted by the responsible State, particularly where no other means of redress is available, could not, in my view, harm the independence or the sovereignty of another State. It simply contributes to the crystallization of an emerging exception to State immunity, which is based on the principles underlying human rights and humanitarian law and on the widely-held *opinio juris* of ensuring the realization of those rights, including the right to an effective remedy, in those circumstances where the victims would have no other means of redress.

52. Recognizing that a failure to make reparations for war crimes or crimes against humanity may result in non-immunity before domestic courts, particularly when no other means of redress is available, is not so much about further narrowing the scope of State immunity, but about bringing it in line with the growing normative weight attached by the international community to the protection of human rights and humanitarian law, and the realization of the right to effective remedy for human beings. It could also have a deterrent effect on the non-observance of humanitarian law by States.

53. I am not sure that it is sufficient to state, in the context of the exceptional circumstances surrounding the claims of the Italian victims for reparations, that: “the fact that immunity may bar the exercise of jurisdiction in a particular case does not alter the applicability of the substantive rules of international law” (Judgment, para. 100). A question that may arise, in this context, is whether, if immunity were granted in such a case, the defendant State would be under an obligation to afford an alternative remedy to the victims of the breaches to which it has admitted? This is an important question to which an answer should have been provided in the proceedings or in the Judgment. Moreover, it is doubtful whether a responsibility that does not afford a means of redress or a remedial context within which the claims may be settled can be of much use to such victims.

50. Tant les règles régissant l'immunité de l'Etat que le droit individuel à réparation à raison de crimes internationaux commis par des agents de l'Etat sont en pleine évolution. L'Institut de droit international l'a reconnu dans la résolution de Naples susmentionnée, dans laquelle il a fait référence au «conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part». Ce conflit n'existait pas par le passé, mais s'est fait jour récemment. Il est né de l'opinion largement répandue dans la communauté internationale (manière d'*opinio juris necessitates*) selon laquelle l'immunité de l'Etat ne devrait pas être utilisée comme un rempart contre les réparations auxquelles ont droit les victimes de tels crimes. Telle est, selon moi, la situation à laquelle s'est trouvée confrontée la «Corte di Cassazione» dans l'affaire *Ferrini* et les affaires qui ont suivi.

51. Qu'une juridiction nationale se déclare compétente en raison d'un défaut de réparation de violations graves du droit des conflits armés reconnues par l'Etat responsable, en particulier lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, ne saurait, selon moi, porter atteinte à l'indépendance ou à la souveraineté des Etats. Cela contribue simplement à la cristallisation d'une exception à l'immunité de l'Etat en devenir, exception fondée sur les principes qui sous-tendent les droits de l'homme et le droit humanitaire ainsi que sur l'*opinio juris* largement répandue selon laquelle il convient de veiller à la réalisation de ces droits, y compris le droit à un recours effectif, lorsque les victimes ne bénéficient d'aucune autre voie de recours.

52. Reconnaître qu'un défaut de réparation à raison de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité peut conduire à priver un Etat de son immunité devant les juridictions nationales, notamment lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, ne revient pas à limiter davantage la portée de l'immunité de l'Etat; cela permet de la faire concorder avec l'importance normative croissante que la communauté internationale attache à la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire, ainsi qu'avec la réalisation du droit à un recours effectif pour tout être humain. Cela pourrait également dissuader les Etats de ne pas respecter le droit humanitaire.

53. Compte tenu des circonstances exceptionnelles dans lesquelles s'inscrivaient les demandes de réparation des victimes italiennes, je ne suis pas convaincu qu'il suffise de dire que «le fait que l'immunité puisse faire obstacle à l'exercice de la compétence judiciaire dans une affaire donnée est sans incidence sur l'applicabilité des règles matérielles du droit international» (arrêt, par. 100). L'une des questions qui peut se poser à cet égard est celle de savoir si, dans l'hypothèse où l'immunité serait accordée dans une affaire de cette nature, l'Etat défendeur serait tenu d'offrir aux victimes des violations qu'il a reconnues une autre voie de recours. Il s'agit là d'une question importante, à laquelle une réponse aurait dû être apportée en cours d'instance ou dans l'arrêt. De plus, je doute qu'une mise en cause de la responsabilité n'offrant ni voie de recours ni système de réparation serait réellement utile aux victimes.

54. The above arguments do not imply that each time there is a claim for reparation of breaches of international humanitarian law or human rights, the domestic courts of the State where the breaches had been committed, are entitled to set aside the immunity of the State responsible for such breaches. This may result in countless lawsuits that may overwhelm both the judicial system of the State where the claims are made and the governmental machinery of the responsible State. Moreover, in addition to the traditional inter-State or compensation mechanisms of the past mentioned above, new practices have been developed at the international level in recent years, such as the United Nations Compensation Commission for Iraq, instituted by the Security Council by resolution 687 (1991), and the Claims Commission instituted by the Agreement of 12 December 2000 between Ethiopia and Eritrea, to offer the possibility of compensation to victims of breaches of international law.

55. Although the claims of individuals before such commissions must be put forward by States, what matters most is the availability of a remedial context to which such claims for reparations are assigned, and where an effective means of redress can be obtained. It is only where reparations for certain categories of victims, as in the Italian cases, are not covered by inter-State compensation schemes, by other international mechanisms, or by the legislation of the responsible State, and the victims concerned have, so to say, fallen through the cracks of the system, that the courts of the forum are, in my view, entitled to offer an alternative and “ultimate” means of redress, and an effective remedy to the victims of grave breaches of humanitarian law, to avoid a denial of justice. The “underlying conflict” to which reference was made in the Naples resolution of the Institut de droit international should, in such exceptional circumstances, be resolved in favour of the victims of grave breaches of international humanitarian law.

VI. FINAL OBSERVATIONS

56. The core issue in this dispute was not that in each and every case of an alleged violation of human rights or humanitarian law, immunity should be derogated from, or that there is, generally speaking, a human rights or humanitarian law exception to jurisdictional immunity. The core issue was whether, in those exceptional circumstances where immunity may prevent the victims of international crimes from obtaining an effective remedy or where no other means of redress is available, such immunity should be granted or set aside by domestic courts. In other words, where reparation has not been assigned to another contextual remedy, should immunity be used as a screen to ward off the obligation to make reparations to the victims before domestic courts?

54. Ces observations ne doivent pas être interprétées comme signifiant que les juridictions de l'Etat dans lequel les violations en cause ont été commises ont le droit d'écarter l'immunité de l'Etat responsable chaque fois que leur est présentée une demande de réparation à raison de crimes au regard du droit international ou des droits de l'homme. Cela risquerait en effet non seulement de donner lieu à d'innombrables procès et d'engorger le système judiciaire de l'Etat dans lequel ces actions seraient engagées, mais aussi de gripper la machine gouvernementale de l'Etat responsable. De surcroît, outre les mécanismes interétatiques ou d'indemnisation traditionnellement utilisés, et rappelés ci-dessus, de nouvelles pratiques se sont développées sur le plan international ces dernières années — telles que la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour l'Iraq, instituée par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, et la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie, créée en vertu de l'accord du 12 décembre 2000 — afin de permettre aux victimes de violations du droit international d'obtenir réparation.

55. Bien que ce soit aux Etats qu'il incombe de présenter les demandes des particuliers devant ces commissions, l'important est qu'il existe un mécanisme de réparation devant lequel celles-ci peuvent être portées, mécanisme offrant une voie de recours effective. Ce n'est que lorsque l'indemnisation de certaines catégories de victimes, comme dans les affaires italiennes, n'est prévue par aucun régime interétatique d'indemnisation, par aucun autre mécanisme international ni par la législation de l'Etat responsable, et lorsque les victimes concernées ont, pour ainsi dire, fait les frais d'une faille du système, que les juridictions de l'Etat du for sont, selon moi, fondées à offrir une voie de recours autre et «ultime», ainsi qu'un recours effectif, aux victimes de violations graves du droit humanitaire, et ce, afin d'éviter un déni de justice. Le «conflit latent» auquel il était fait référence dans la résolution de Naples de l'Institut de droit international devrait, dans des circonstances aussi exceptionnelles, être tranché en faveur des victimes de violations graves du droit international humanitaire.

VI. OBSERVATIONS FINALES

56. La question essentielle qui se posait en l'espèce n'était pas de savoir si, chaque fois qu'une affaire se rapporte à des violations alléguées des droits de l'homme ou du droit humanitaire, il devrait être dérogé à l'immunité ou s'il existerait, d'une manière générale, une exception à l'immunité de juridiction en matière de droits de l'homme ou de droit humanitaire. La question essentielle était de savoir si, dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'immunité risque de priver les victimes de crimes internationaux d'un recours effectif ou lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, l'immunité devrait être accordée ou écartée par les juridictions nationales. Autrement dit, lorsque la réparation n'a pas été prévue par le biais d'un mécanisme spécifique, l'immunité devrait-elle être utilisée, devant les juridictions nationales, comme un rempart contre l'obligation d'accorder réparation aux victimes?

57. I believe that, in such a case, by lifting the bar of immunity in the very limited way suggested above (paras. 49-54 *supra*), humanitarian law would be better enforced and the human rights-based values of the international community as a whole would be better protected.

58. As the principal judicial organ of the United Nations, the Court has an important role to play to provide guidance on rules of international law and to clarify them, particularly where the law is uncertain or unsettled. It had a unique opportunity to do so in this case. It could have clarified the law in the sense in which it is already evolving of a limited and workable exception to jurisdictional immunity in those circumstances where the victims have no other means of redress. Such an exception would bring immunity in line with the growing normative weight attached by the international community to the protection of human rights and humanitarian law, and the realization of the right to effective remedy for victims of international crimes, without unjustifiably indenting the jurisdictional immunity of States.

59. The assertion of jurisdiction by domestic courts in those exceptional circumstances where there is a failure to make reparations, and where the responsible State has admitted to the commission of serious violations of humanitarian law, without providing a contextual remedy for the victims, does not, in my view, upset the harmonious relations between States, but contributes to a better observance of international human rights and humanitarian law.

(Signed) Abdulqawi A. YUSUF.

57. Il me semble que, dans ce cas, le fait d'écartier l'immunité de la manière fort restrictive préconisée ci-dessus (par. 49-54 *supra*) renforcerait l'exécution du droit humanitaire et la protection des valeurs fondées sur les droits de l'homme, qui sont celles de la communauté internationale dans son ensemble.

58. En tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a un rôle d'orientation important à jouer en ce qui concerne les règles du droit international et leur clarification, en particulier lorsqu'elles sont incertaines et changeantes. Elle avait en l'espèce une occasion unique de le faire. Elle aurait pu clarifier le droit en allant dans le sens dans lequel il évolue d'ores et déjà, celui d'une exception limitée et réaliste à l'immunité de juridiction dans le cas où les victimes ne disposent d'aucune autre voie de recours. Pareille exception ferait concorder le droit de l'immunité avec l'importance normative croissante que la communauté internationale attache à la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire ainsi qu'avec la réalisation du droit à un recours effectif pour les victimes de crimes internationaux, et ce, sans porter indûment atteinte à l'immunité de juridiction des Etats.

59. Le fait que des juridictions nationales se déclarent compétentes dans des circonstances aussi exceptionnelles, lorsqu'il n'y a pas eu réparation et que l'Etat responsable a reconnu avoir commis des violations graves du droit humanitaire sans avoir mis en place de mécanisme spécifique d'indemnisation, ne perturbe pas, selon moi, les relations harmonieuses entre les Etats, mais contribue à un meilleur respect du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.
