



COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haye, Pays-Bas
Tél : +31 (0)70 302 2323 Télécopie : +31 (0)70 364 9928
Site Internet : www.icj-cij.org

Résumé

Document non officiel

Résumé 2012/2
Le 3 février 2012

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))

Résumé de l'arrêt du 3 février 2012

I. Contexte historique et factuel de l'affaire (par. 20-36)

La Cour rappelle que, le 23 décembre 2008, la République fédérale d'Allemagne (dénommée ci-après l'«Allemagne») a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la République italienne (dénommée ci-après l'«Italie») au sujet d'un différend ayant son origine dans des «violations d'obligations juridiques internationales» qu'aurait commises l'Italie «en ne respectant pas» dans sa pratique judiciaire «l'immunité de juridiction reconnue à [l'Allemagne] par le droit international». La Cour rappelle en outre que, par ordonnance du 4 juillet 2011, elle a autorisé la Grèce à intervenir en tant que non-partie, dans la mesure où son intervention se limiterait aux décisions grecques déclarées exécutoires en Italie. La Cour expose ensuite brièvement le contexte historique et factuel de l'affaire, et notamment les procédures engagées devant les juridictions italiennes par des ressortissants italiens et grecs.

II. Objet du différend et compétence de la Cour (par. 37-51)

L'Allemagne prie la Cour, en substance, de dire que l'Italie n'a pas respecté l'immunité de juridiction que lui reconnaît le droit international en permettant que des actions civiles soient intentées contre elle devant des tribunaux italiens, tendant à la réparation de dommages causés par des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale ; que l'Italie a aussi violé l'immunité de l'Allemagne en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni, propriété de l'Etat allemand située en territoire italien ; qu'elle a également méconnu l'immunité de juridiction de l'Allemagne en déclarant exécutoires en Italie des décisions judiciaires grecques condamnant civilement l'Allemagne pour des faits comparables à ceux ayant donné lieu aux actions intentées devant des tribunaux italiens.

L'Italie, pour sa part, prie la Cour de juger que les demandes de l'Allemagne sont dépourvues de fondement, et en conséquence de les rejeter, à l'exception du chef de conclusions relatif aux mesures d'exécution prises à l'égard de la Villa Vigoni, au sujet duquel la défenderesse indique à la Cour qu'elle n'aurait pas d'objection à ce qu'elle lui ordonne de mettre fin auxdites mesures. Dans son contre-mémoire, l'Italie avait présenté une demande reconventionnelle «portant sur la question des réparations dues aux victimes italiennes des graves violations du droit international humanitaire commises par les forces du Reich allemand» ; cette demande a été rejetée par l'ordonnance de la Cour en date du 6 juillet 2010 au motif qu'elle ne relevait pas de sa

compétence et que, par suite, elle était irrecevable au titre du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement.

La Cour rappelle que la requête de l'Allemagne a été introduite sur la base de l'article premier de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, aux termes duquel :

«Les hautes parties contractantes soumettront pour jugement à la Cour internationale de Justice tous les différends juridiques relevant du droit international qui s'élèveraient entre elles et notamment ceux ayant pour objet :

- a) l'interprétation d'un traité ;
- b) tout point de droit international ;
- c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation internationale ;
- d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour rupture d'une obligation internationale.»

La Cour note que l'alinéa a) de l'article 27 de la même convention limite le champ d'application ratione temporis de cet instrument en excluant son applicabilité «aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la ... convention entre les parties au différend». Elle relève à cet égard que la convention est entrée en vigueur entre l'Allemagne et l'Italie le 18 avril 1961.

Après avoir constaté que les demandes soumises par l'Allemagne étaient relatives à des «différends juridiques relevant du droit international», au sens de l'article premier précité, opposant deux Etats qui étaient l'un et l'autre parties à la convention européenne à la date d'introduction de la requête, la Cour relève que la clause de limitation ratione temporis de l'article 27 précité n'est pas applicable aux demandes de l'Allemagne. En effet, les «faits ou situations» qui ont donné naissance au présent différend sont constitués par les décisions judiciaires italiennes ayant dénié à l'Allemagne l'immunité de juridiction qu'elle revendiquait, et par des mesures de contrainte exécutées sur des biens appartenant à l'Allemagne. Or, la Cour relève que ces décisions et mesures ont été adoptées entre 2004 et 2011, soit bien après l'entrée en vigueur entre les Parties de la convention européenne. Elle est dès lors compétente pour connaître du différend.

La Cour note que, si les Parties ne se sont pas opposées sur l'analyse qui précède, elles ont en revanche débattu de l'étendue de sa compétence dans le cadre de certains des arguments avancés par l'Italie et relatifs à la prétendue inexécution par l'Allemagne de son obligation de réparation à l'égard des victimes italiennes et grecques des crimes commis par le Reich allemand en 1943-1945. Elle relève à cet égard que, bien qu'elle ne soit plus appelée à statuer sur la question de savoir si l'Allemagne a une obligation de réparation envers les victimes italiennes de crimes commis par le Reich allemand depuis qu'elle a décidé, par ordonnance du 6 juillet 2010, que la demande reconventionnelle de l'Italie était irrecevable, il lui appartient néanmoins de déterminer si l'absence d'exécution complète par un Etat d'une obligation de réparation qui lui incomberait est susceptible d'avoir une incidence, en droit, sur l'existence et la portée de l'immunité de juridiction de cet Etat devant les tribunaux d'un autre Etat. La Cour observe qu'en cas de réponse affirmative, la seconde question sera de savoir si, dans les circonstances particulières de l'espèce, notamment compte tenu du comportement de l'Allemagne sur la question des réparations, les tribunaux italiens avaient des motifs suffisants pour écarter l'immunité de cette dernière.

III. Les violations de l'immunité de juridiction de l'Allemagne qui auraient été commises dans le cadre des procédures engagées par les requérants italiens (par. 52-108)

La Cour examine tout d'abord le premier chef de conclusions de l'Allemagne, c'est-à-dire la question de savoir si, en exerçant leur compétence à l'égard de celle-ci dans le cadre des actions intentées devant elles par les différents requérants italiens, les juridictions italiennes ont agi en violation de l'obligation faite à l'Italie d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction.

1. Les questions soumises à la Cour (par. 52-61)

La Cour commence par relever que les actions intentées devant les juridictions italiennes ont pour origine des actes perpétrés par les forces armées et autres organes du Reich allemand. Elle distingue trois catégories d'affaires : la première se rapporte à des massacres de nombreux civils perpétrés en territoire occupé en guise de représailles, tels que celui commis le 29 juin 1944 à Civitella (Val di Chiana), Cornia et San Pancrazio par des membres de la division «Hermann Göring» des forces armées allemandes contre 203 civils pris en otages après l'assassinat de quatre soldats allemands, quelques jours plus tôt, par des résistants ; la deuxième concerne des cas de civils qui, à l'instar de M. Luigi Ferrini, avaient été déportés d'Italie vers l'Allemagne pour s'y trouver de fait astreints au travail forcé ; la troisième a trait au cas de membres des forces armées italiennes qui s'étaient vu refuser le statut de prisonnier de guerre — ainsi que les protections associées à ce statut — auquel ils avaient droit, et avaient, eux aussi, été soumis au travail forcé.

Si la Cour estime que ce comportement était, à n'en pas douter, constitutif d'une grave violation du droit international applicable aux conflits armés en 1943-1945, elle considère que la question qui lui incombe de trancher n'est pas de savoir si ces actes étaient illicites — ce point n'étant pas contesté — mais si, dans le cadre des actions en réparation engagées sur le fondement de ces actes, la justice italienne était tenue d'accorder l'immunité à l'Allemagne. A cet égard, la Cour constate qu'il existe un très large accord entre les Parties quant au fait que l'immunité est régie par le droit international et ne relève pas simplement de la courtoisie. Elle relève que, dans les rapports entre les Parties, seul le droit international coutumier fonde le droit à l'immunité. Elle doit donc, conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut, déterminer l'existence d'une «coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit» conférant l'immunité à l'Etat et, le cas échéant, sa portée et son étendue.

La Cour note que, quoique la question des origines de l'immunité des Etats et des principes qui la sous-tendent ait fait l'objet de longs débats, la Commission du droit international (ci-après la «CDI») a, en 1980, constaté que la règle de l'immunité des Etats avait «été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement enracinée dans la pratique contemporaine des Etats». Elle estime que cette conclusion, qui reposait sur une analyse exhaustive de la pratique des Etats, a depuis lors été confirmée par un ensemble de lois nationales, de décisions judiciaires, ainsi que par les commentaires des Etats sur ce qui allait devenir la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (ci-après «la convention des Nations Unies»). Elle considère qu'il ressort de cette pratique que les Etats, que ce soit lorsqu'ils invoquent l'immunité pour leur propre compte ou qu'ils l'accordent à d'autres, partent généralement du principe qu'il existe en droit international un droit à l'immunité de l'Etat étranger, dont découle pour les autres Etats l'obligation de le respecter et de lui donner effet.

La Cour observe que les Parties sont donc largement d'accord quant à l'existence et l'importance de l'immunité de l'Etat en tant qu'élément du droit international coutumier. Elle relève que leurs vues divergent toutefois sur le point de savoir si, comme le soutient l'Allemagne, le droit qu'il convient d'appliquer est celui qui déterminait la portée et l'étendue de l'immunité de l'Etat en 1943-1945 — autrement dit, à l'époque des faits qui sont à l'origine des actions intentées devant les juridictions italiennes — ou, comme l'avance l'Italie, celui qui était en vigueur au moment où ces actions ont été engagées. La Cour relève que, conformément au principe énoncé à

l'article 13 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, la conformité d'un acte au droit international ne peut être déterminée qu'au regard du droit en vigueur au moment où cet acte s'est produit. Dès lors que les actes pertinents de l'Italie, à savoir le refus de l'immunité par les juridictions italiennes et l'exercice, par celles-ci, de leur compétence, ne se sont produits que lorsque les procédures italiennes ont eu lieu, la Cour estime qu'il lui faut examiner et appliquer le droit de l'immunité des Etats tel qu'il existait à cette époque et non tel qu'il était en vigueur en 1943-1945. A l'appui de cette conclusion, la Cour ajoute que le droit de l'immunité revêt un caractère essentiellement procédural ; il régit l'exercice du pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement donné, et est ainsi totalemment distinct du droit matériel qui détermine si ce comportement est licite ou non.

La Cour relève que les Parties sont également en désaccord quant à la portée et à l'étendue de la règle de l'immunité de l'Etat. Si elles s'accordent à considérer que les Etats jouissent, en règle générale de l'immunité dans le cas d'actes jure imperii, elles divergent sur la question de savoir si l'immunité est applicable aux actes commis par les forces armées d'un Etat (et d'autres organes de celui-ci agissant en coopération avec ces forces) dans le cadre d'un conflit armé. L'Allemagne soutient que l'immunité est applicable et qu'aucune des exceptions dont jouit un Etat à l'égard des actes jure imperii ne trouve ici à s'appliquer. L'Italie, quant à elle, fait valoir que l'Allemagne n'est pas fondée à bénéficier de l'immunité dans les procédures qui ont été engagées devant ses tribunaux au double motif que, premièrement, cette immunité ne s'étend pas, en ce qui concerne les actes jure imperii, aux actes dommageables ou délictueux ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel, commis sur le territoire de l'Etat du for et, que, deuxièmement, indépendamment du lieu où se sont produits les actes en question, l'Allemagne ne saurait en bénéficier parce que ceux-ci étaient constitutifs des violations les plus graves de règles de droit international à caractère impératif, et qu'il n'existait, pour y remédier, aucune autre voie de recours. La Cour examine tour à tour chacun des arguments de l'Italie.

2. Le premier argument de l'Italie : les dommages ont été causés sur le territoire de l'Etat du for (par. 62-79)

La Cour estime qu'elle n'est pas, en l'espèce, appelée à trancher la question de savoir s'il existe, en droit international coutumier, une «exception territoriale» à l'immunité de l'Etat applicable aux actes jure imperii en général. Il lui faut seulement se prononcer sur les actes commis, sur le territoire de l'Etat du for, par les forces armées d'un Etat étranger et d'autres organes de celui-ci agissant en coopération avec lesdites forces dans le cadre d'un conflit armé.

La Cour commence par examiner la question de savoir si l'article 11 de la convention européenne et l'article 12 de la convention des Nations Unies étayent d'une quelconque manière l'argument de l'Italie selon lequel les Etats ne peuvent plus aujourd'hui invoquer l'immunité de juridiction à l'égard des actes susvisés. Elle précise que, étant donné qu'aucun de ces instruments n'est en vigueur entre les Parties à la présente affaire, ils ne sont pertinents que dans la mesure où leurs dispositions, le processus qui a conduit à leur adoption et leur mise en œuvre apportent un éclairage sur le contenu du droit international coutumier.

L'article 11 de la convention européenne énonce l'exception territoriale en des termes généraux :

«Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu.»

La Cour note que cette disposition doit cependant être lue à la lumière de l'article 31, qui est ainsi libellé :

«Aucune disposition de la présente convention ne porte atteinte aux immunités et privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant.»

La Cour relève que l'article 31 exclut du champ d'application de la convention toute procédure se rapportant aux actes des forces armées étrangères, que celles-ci soient présentes sur le territoire de l'Etat du for avec ou sans le consentement de ce dernier, et que leurs actes aient été accomplis en temps de paix ou en temps de guerre. La Cour estime que l'article 31 a l'effet d'une «clause de sauvegarde», la question de l'immunité de l'Etat à raison des actes de ses forces armées sortant, dès lors, entièrement du champ d'application de la convention et devant être tranchée au regard du droit international coutumier. Elle estime qu'il s'ensuit toutefois que l'on ne saurait considérer que le fait que l'exception territoriale soit prévue à l'article 11 de la convention européenne corrobore l'argument selon lequel un Etat ne peut prétendre à l'immunité en ce qui concerne les actes dommageables commis par ses forces armées.

La Cour relève que, contrairement à la convention européenne, la convention des Nations Unies ne contient aucune disposition expresse excluant de son champ d'application les actes des forces armées. Cependant, il est indiqué dans le commentaire de l'article 12¹ de la CDI que celui-ci ne s'applique pas aux «situations liées à des conflits armés». La Cour observe en outre qu'aucun Etat n'a contesté cette interprétation et que deux des Etats ayant ratifié la convention ont fait des déclarations identiques indiquant que, selon elles, la convention ne s'appliquait pas aux activités militaires, y compris les activités des forces armées pendant un conflit armé, et les activités entreprises par les forces militaires d'un Etat dans l'exercice de leurs fonctions officielles. La Cour conclut que l'inclusion de l'article 12 dans la convention ne peut être considérée comme venant au soutien de l'argument selon lequel le droit international coutumier ne reconnaît pas à un Etat l'immunité dans des procédures ayant trait à des actes dommageables ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel, commis sur le territoire de l'Etat du for par les forces armées et organes associés d'un autre Etat dans le cadre d'un conflit armé.

La Cour en vient à la pratique des Etats, telle que reflétée par les législations nationales, et relève que neuf des dix Etats auxquels les Parties se sont référées, qui ont spécifiquement légiféré en la matière, ont adopté des dispositions prévoyant qu'un Etat ne peut invoquer l'immunité en ce qui concerne des actes dommageables ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'Etat du for. La Cour observe que deux de ces textes contiennent des dispositions prévoyant qu'ils ne s'appliquent pas aux instances relatives aux actes des forces armées étrangères. Elle observe en outre que si aucun des sept autres Etats auxquels les Parties se sont référées ne prévoit dans sa législation d'exception générale en ce qui concerne les actes des forces armées, les tribunaux n'ont pas été appelés à appliquer la législation en question dans une affaire mettant en cause les forces armées et organes associés d'un Etat étranger ayant agi dans le cadre d'un conflit armé.

¹ L'article 12 de la convention des Nations Unies est rédigé comme suit :

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

La Cour examine ensuite la pratique des Etats, telle que reflétée par les décisions des juridictions nationales, relativement à l'immunité de l'Etat en ce qui concerne les actes de forces armées. Elle observe que cette pratique atteste qu'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. La Cour relève que cette pratique est assortie de l'opinio juris, ainsi que l'attestent les positions de divers Etats et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité. Elle note que l'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est également significative, tout comme le fait qu'aucun Etat n'a jamais déclaré — que ce soit dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur l'immunité de l'Etat, de l'adoption de la convention des Nations Unies ou dans tout autre contexte dont la Cour pourrait avoir connaissance — que le droit international coutumier ne prescrirait pas l'immunité dans ce type d'affaires.

A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé. Elle ajoute que cette conclusion est confirmée par les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle en conclut que la décision des juridictions italiennes de ne pas accorder l'immunité à l'Allemagne ne saurait être justifiée sur la base de l'exception territoriale.

3. Le second argument de l'Italie : l'objet et les circonstances des demandes présentées aux juridictions italiennes (par. 80-106)

La Cour relève que le second argument de l'Italie, qui, à la différence du premier, s'applique à toutes les réclamations portées devant la justice italienne, consiste à soutenir que le refus de l'immunité était justifié en raison de la nature particulière des actes qui faisaient l'objet de ces réclamations et compte tenu des circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivaient. Cet argument comporte trois volets. Tout d'abord, l'Italie fait valoir que les actes qui ont donné lieu auxdites réclamations constituaient des violations graves des principes du droit international applicables à la conduite des conflits armés, à savoir des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Ensuite, elle soutient que les règles du droit international ainsi violées étaient des règles impératives (ius cogens). Enfin, elle allègue que, dès lors que les requérants s'étaient vu refuser toute autre forme de réparation, l'exercice, par les juridictions italiennes, de leur compétence était nécessaire à titre de dernier recours. La Cour examine tour à tour chacun de ces volets, tout en observant que l'Italie a, à l'audience, fait valoir que ses juridictions avaient été fondées à refuser l'immunité à l'Allemagne en raison de l'effet combiné de ces trois volets.

— La gravité des violations (par. 81-91)

La Cour note que le premier volet est fondé sur l'idée que le droit international n'accorde pas l'immunité à un Etat ayant commis des violations graves du droit des conflits armés ou, à tout le moins, restreint son immunité. Elle rappelle qu'elle a déjà clairement indiqué dans la présente affaire que les actes des forces armées allemandes et d'autres organes du Reich allemand qui sont à l'origine des instances portées devant les juridictions italiennes étaient des violations graves du droit des conflits armés, constitutives de crimes en droit international. Elle observe que la question est donc de savoir si, de ce fait, l'Allemagne est privée de son droit à l'immunité.

La Cour commence par rechercher si le droit international coutumier a évolué au point d'interdire à un Etat de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés. Après avoir examiné la pratique étatique et internationale, la Cour conclut que, en l'état actuel du droit international coutumier, un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés. En formulant cette conclusion, la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'Etat lui-même devant les tribunaux d'un autre Etat ; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'Etat n'est pas posée en l'espèce.

— La relation entre le jus cogens et la règle de l'immunité de l'Etat (par. 92-97)

La Cour en vient ensuite au deuxième volet de l'argument de l'Italie, selon lequel les règles violées par l'Allemagne entre 1943 et 1945 relèveraient du jus cogens. Elle observe que cet aspect de la défense italienne repose sur l'hypothèse qu'il existerait un conflit entre les règles de jus cogens qui font partie du droit des conflits armés et la reconnaissance de l'immunité de l'Allemagne. Selon l'Italie, les règles de jus cogens prévalent toujours sur toute règle contraire du droit international ; la règle en vertu de laquelle un Etat jouit de l'immunité devant les juridictions d'un autre Etat n'ayant pas le statut de jus cogens, elle devrait donc être écartée.

La Cour est d'avis qu'il n'existe pas de conflit entre une règle, ou des règles, de jus cogens et la règle de droit coutumier qui fait obligation à un Etat d'accorder l'immunité à un autre. Selon elle, à supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de jus cogens, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'Etat sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite. C'est pourquoi le fait d'appliquer le droit contemporain de l'immunité de l'Etat à une instance relative à des événements survenus entre 1943 et 1945 ne porte pas atteinte au principe selon lequel les tribunaux ne doivent pas appliquer le droit de manière rétroactive aux fins de se prononcer sur des questions de licéité et de responsabilité.

La Cour relève que, en l'espèce, la violation des règles interdisant le meurtre, la déportation et le travail forcé a eu lieu entre 1943 et 1945. Tous les intéressés s'accordent à reconnaître le caractère illicite de ces actes. L'application des règles de l'immunité de l'Etat aux fins de déterminer si les juridictions italiennes peuvent connaître de réclamations fondées sur pareilles violations ne saurait créer le moindre conflit avec les règles qui ont été violées. La Cour estime par ailleurs que l'argument tiré de la primauté jus cogens sur le droit de l'immunité des Etats a été écarté par les juridictions nationales. Elle observe que les décisions des tribunaux italiens qui font l'objet de la présente instance sont les seules décisions de juridictions nationales dans lesquelles a été retenu le raisonnement sur lequel est fondé l'argument de l'Italie. La Cour relève en outre qu'aucune des lois nationales relatives à l'immunité de l'Etat n'a limité l'immunité de l'Etat dans les cas où sont en cause des violations du jus cogens.

La Cour conclut que, même en admettant que les actions intentées devant les juridictions italiennes mettaient en cause des violations de règles de jus cogens, l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité des Etats ne s'en trouvait pas affectée.

— **L'argument du «dernier recours»** (par. 98-104)

La Cour observe que le troisième et dernier volet du second argument de l'Italie consiste à affirmer que c'est à juste titre que les tribunaux italiens ont refusé de reconnaître à l'Allemagne l'immunité à laquelle elle aurait pu autrement prétendre, au motif qu'avaient échoué toutes les autres tentatives d'obtenir réparation pour les divers groupes de victimes qui avaient engagé les actions intentées devant des juridictions italiennes.

La Cour estime qu'elle ne saurait faire droit à l'argument de l'Italie selon lequel les tribunaux italiens étaient fondés à refuser à l'Allemagne l'immunité de juridiction en raison des insuffisances que présenteraient les dispositions adoptées par celle-ci en vue d'accorder réparation aux victimes italiennes. Elle ne voit, dans la pratique des Etats — dont découle le droit international coutumier —, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un Etat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation. Ni le droit interne relatif à ces questions ni la jurisprudence des tribunaux internes qui ont eu à connaître d'exceptions fondées sur l'immunité ne permettent de conclure que le droit à une telle immunité serait subordonné à pareille condition préalable. Les Etats n'ont pas davantage énoncé une telle condition dans la convention européenne ou la convention des Nations Unies. En outre, la Cour ne saurait manquer de relever que l'application de pareille condition, si elle existait, serait en pratique extrêmement difficile, notamment dans un contexte tel que celui de la présente affaire, c'est-à-dire lorsque les réclamations en cause ont fait l'objet de discussions approfondies entre gouvernements.

En conséquence, la Cour rejette l'argument de l'Italie selon lequel l'immunité pouvait être refusée à l'Allemagne pour ce motif.

— **L'effet combiné des circonstances invoquées par l'Italie** (par. 105-106)

La Cour observe qu'à l'audience, le conseil de l'Italie a affirmé que les trois volets du second argument de l'Italie devaient être examinés conjointement ; autrement dit, que c'était en raison de l'effet cumulé de la gravité des violations, du statut des règles violées et de l'absence d'autres voies effectives de réparation que la décision des tribunaux italiens de dénier à l'Allemagne l'immunité était justifiée.

La Cour indique qu'elle a déjà établi qu'aucun des trois volets du second argument de l'Italie ne peut justifier à lui seul le comportement des tribunaux italiens. Elle n'est pas convaincue que ces éléments auraient pareil effet même si on les considère conjointement. Selon la Cour, pour autant que l'argument tiré de l'effet combiné des circonstances doive se comprendre comme signifiant que le tribunal national devrait mettre en balance l'ensemble des facteurs, en évaluant le poids respectif, d'une part, des circonstances qui justifieraient qu'il exerce sa juridiction, et, d'autre part, de l'intérêt qui s'attache à la protection de l'immunité, une telle approche méconnaîtrait la nature même de l'immunité.

4. Conclusions (par. 107-108)

La Cour considère que le refus des tribunaux italiens de reconnaître l'immunité à laquelle elle a conclu que l'Allemagne pouvait prétendre au titre du droit international coutumier constitue un manquement aux obligations auxquelles l'Etat italien était tenu envers celle-ci.

IV. Les mesures de contrainte prises à l'égard des biens appartenant à l'Allemagne en territoire italien (par. 109-120)

La Cour rappelle que, le 7 juin 2007, des requérants grecs, se fondant sur une décision de la Cour d'appel de Florence du 13 juin 2006 déclarant exécutoire en Italie le jugement rendu par le tribunal de première instance de Livadia, en Grèce, condamnant l'Allemagne à leur verser des indemnités, firent enregistrer auprès du cadastre de la province de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, bien appartenant à l'Etat allemand situé près du lac de Côme. Elle rappelle en outre que l'Allemagne soutient que cette mesure de contrainte viole l'immunité d'exécution qui lui est reconnue par le droit international et que l'Italie n'a, pour sa part, pas cherché à justifier ladite mesure. Elle relève que l'hypothèque en question a été suspendue pour tenir compte de la procédure pendante devant la Cour en la présente affaire. La Cour relève en outre qu'il subsiste un différend entre les Parties, dans la mesure où l'Italie n'a pas admis formellement que l'hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni constituait une mesure contraire à ses obligations internationales ; elle n'a pas non plus mis fin aux effets de cette mesure.

La Cour fait observer que l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats en ce qui concerne leurs biens situés en territoire étranger va au-delà de l'immunité de juridiction dont bénéficient ces mêmes Etats devant les tribunaux étrangers. Même si un jugement a été régulièrement rendu à l'encontre d'un Etat étranger, dans des circonstances telles que ce dernier ne pouvait pas se prévaloir d'une immunité de juridiction, il n'en résulte pas ipso facto que l'Etat condamné puisse faire l'objet de mesures de contrainte, sur le territoire de l'Etat du for ou sur celui d'un Etat tiers, en vue de faire exécuter le jugement en cause. De même, l'éventuelle renonciation par un Etat à son immunité de juridiction devant un tribunal étranger ne vaut pas par elle-même renonciation à son immunité d'exécution en ce qui concerne les biens qui lui appartiennent et qui se trouvent en territoire étranger. La Cour relève que, dans la présente affaire, la distinction entre les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution et celles qui gouvernent l'immunité de juridiction (entendue stricto sensu comme le droit pour un Etat de ne pas être soumis à une procédure judiciaire devant les tribunaux d'un autre Etat) signifie que la Cour peut se prononcer sur la question de savoir si l'hypothèque inscrite sur la Villa Vigoni constitue une mesure de contrainte violant l'immunité d'exécution de l'Allemagne, sans avoir à se demander si les décisions des tribunaux grecs prononçant des condamnations pécuniaires à l'égard de l'Allemagne, pour l'exécution desquelles cette mesure a été prise, ont été elles-mêmes rendues en violation de l'immunité de juridiction de cet Etat.

Se basant sur l'article 19 de la convention des Nations Unies en tant qu'il refléterait le droit coutumier en la matière, la Cour constate qu'il existe au minimum une condition qui doit être remplie pour qu'une mesure de contrainte puisse être prise à l'égard d'un bien appartenant à un Etat étranger : que le bien en cause soit utilisé pour les besoins d'une activité ne poursuivant pas des fins de service public non commerciales, ou que l'Etat propriétaire ait expressément consenti à l'application d'une mesure de contrainte ou encore que cet Etat ait réservé le bien en cause à la satisfaction d'une demande en justice. Or, la Cour estime qu'il est clair en l'espèce que le bien ayant fait l'objet de la mesure de contrainte litigieuse est utilisé pour les besoins d'une activité de service public dépourvue de caractère commercial, donc d'une activité relevant des fonctions de souveraineté de l'Allemagne. La Villa Vigoni est en effet le siège d'un centre culturel destiné à favoriser les échanges culturels entre l'Allemagne et l'Italie. La Cour relève par ailleurs que l'Allemagne n'a d'aucune manière expressément consenti à l'application d'une mesure telle que l'hypothèque en cause, ni n'a réservé la Villa Vigoni à la satisfaction des demandes en justice dirigées contre elle.

Dans ces conditions, la Cour conclut que l'inscription d'une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni constitue une violation par l'Italie de son obligation de respecter l'immunité due à l'Allemagne.

V. Les décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie des décisions de juridictions grecques prononçant des condamnations civiles à l'encontre de l'Allemagne (par. 121-133)

La Cour relève que, dans son troisième chef de conclusions, l'Allemagne se plaint de ce que son immunité de juridiction a également été violée par les décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie les condamnations civiles prononcées par des tribunaux grecs à l'encontre de l'Allemagne dans l'affaire du massacre de Distomo commis par les forces armées du Reich allemand en 1944.

La Cour considère que la question pertinente est de savoir si les tribunaux italiens ont eux-mêmes respecté l'immunité de juridiction de l'Allemagne en accueillant la demande d'exequatur, et non celle de savoir si le tribunal grec ayant rendu le jugement dont l'exequatur était demandée a respecté l'immunité de juridiction de l'Allemagne. La Cour observe que lorsqu'un tribunal est saisi, comme en l'espèce, d'une demande tendant à ce qu'il accorde l'exequatur d'un jugement étranger ayant statué à l'encontre d'un Etat tiers, il est appelé à exercer lui-même sa juridiction à l'égard de l'Etat tiers en question. Si la procédure d'exequatur n'a pas pour objet de trancher le fond du litige, mais seulement de donner force exécutoire à un jugement déjà rendu, sur le territoire d'un Etat autre que celui du juge qui a statué au fond, il n'en demeure pas moins qu'en accordant ou en refusant l'exequatur, le juge exerce un pouvoir juridictionnel qui aboutit à donner au jugement étranger des effets correspondant à ceux d'un jugement rendu au fond dans l'Etat requis. La procédure introduite devant ce juge doit donc être regardée comme intentée contre l'Etat tiers condamné par le jugement étranger. Il en résulte, selon la Cour, que le juge saisi d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger condamnant un Etat tiers est tenu de se demander si l'Etat défendeur bénéficie d'une immunité de juridiction, compte tenu de la nature de l'affaire qui a été jugée, devant les tribunaux de l'Etat dans lequel la procédure d'exequatur a été engagée. En d'autres termes, il doit se demander si, dans le cas où il aurait été lui-même saisi au fond d'un litige identique à celui qui a été tranché par le jugement étranger, il aurait été tenu en vertu du droit international d'accorder l'immunité à l'Etat défendeur. La Cour estime qu'il découle des motifs qui précèdent que les juridictions italiennes qui ont déclaré exécutoires en Italie les décisions judiciaires grecques rendues contre l'Allemagne ont méconnu l'immunité de cette dernière. La Cour considère que, pour parvenir à une telle conclusion, point n'est besoin de se prononcer sur la question de savoir si les tribunaux grecs ont eux-mêmes violé l'immunité de l'Allemagne, question dont la Cour n'est pas saisie et sur laquelle elle ne saurait d'ailleurs se prononcer.

La Cour conclut donc que les décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie les condamnations civiles prononcées par des tribunaux grecs à l'encontre de l'Allemagne dans l'affaire du massacre de Distomo ont violé l'obligation de l'Italie de respecter l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

VI. Les conclusions finales de l'Allemagne et les réparations sollicitées (par. 134-138)

La Cour fait droit aux trois premières demandes de l'Allemagne, tendant à ce qu'elle déclare, respectivement, que l'Italie a violé l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne par le 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 ; que l'Italie a également violé l'immunité due à l'Allemagne en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni ; que l'Italie a, enfin, violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne en déclarant exécutoires sur le territoire italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux mentionnés ci-dessus.

S'agissant du quatrième chef de conclusions de l'Allemagne, la Cour n'estime pas nécessaire d'inclure dans le dispositif une déclaration spécifique selon laquelle la responsabilité internationale de l'Italie est engagée.

S'agissant du cinquième chef de conclusions de l'Allemagne, tendant à ce qu'elle ordonne à l'Italie de prendre, par les moyens de son choix, toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'ensemble des décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité souveraine de l'Allemagne ne puissent être exécutées, la Cour commence par rappeler que l'Etat responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation d'y mettre fin si ce fait présente un caractère continu et que, même si ce fait a pris fin, l'Etat responsable est tenu, à titre de réparation, de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors qu'un tel rétablissement n'est pas matériellement impossible et n'impose pas à cet Etat une charge hors de proportion avec l'avantage qui résulte d'une restitution plutôt que d'une indemnisation. La Cour estime que les décisions et mesures contraires aux immunités de juridiction de l'Allemagne qui sont encore en vigueur doivent cesser de produire effet, et les effets de ces décisions et mesures qui se sont déjà produits doivent être supprimés, de telle sorte que soit rétablie la situation qui existait avant que les faits illicites ne soient commis. La Cour ajoute qu'il n'a été ni allégué ni démontré que la restitution serait en l'espèce matériellement impossible ou qu'elle imposerait à l'Italie une charge hors de proportion avec les avantages d'une telle restitution. En revanche, elle fait observer que l'Italie a le droit de choisir les moyens qui lui paraissent les mieux adaptés en vue d'atteindre le résultat qui doit être obtenu. Aussi, a-t-elle l'obligation d'atteindre ce résultat par la promulgation d'une législation appropriée ou par le recours à toute autre méthode de son choix également capable de produire cet effet.

La Cour ne fait en revanche par droit au sixième chef de conclusions de l'Allemagne, tendant à ce que la Cour ordonne à l'Italie de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses tribunaux s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne à raison des faits mentionnés dans son premier chef de conclusions (c'est-à-dire des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945). Ainsi qu'elle l'a déjà indiqué à l'occasion d'autres affaires, la Cour rappelle que, en règle générale il n'y a pas lieu de supposer que l'Etat dont un acte ou un comportement a été déclaré illicite par la Cour répétera à l'avenir cet acte ou ce comportement, puisque sa bonne foi doit être présumée. En conséquence, s'il peut arriver à la Cour d'ordonner à l'Etat responsable d'un comportement internationalement illicite d'offrir à l'Etat lésé des assurances de non-répétition, ou de prendre des mesures spécifiques visant à garantir que le fait illicite ne se répétera pas, c'est seulement lorsque des circonstances spéciales le justifient, ce qu'il lui appartient d'apprécier dans chaque cas. Or, dans le cas d'espèce, la Cour n'aperçoit aucune raison permettant de considérer que l'on se trouverait dans de telles circonstances.

VII. Dispositif (par. 139)

Par ces motifs,

La COUR,

1) Par douze voix contre trois,

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

POUR : M. Owada, président ; M. Tomka, vice-président ; MM. Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Mmes Xue, Donoghue, juges ;

CONTRE : MM. Cançado Trindade, Yusuf, juges ; M. Gaja, juge ad hoc ;

2) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni ;

POUR : M. Owada, président ; M. Tomka, vice-président ; MM. Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Mmes Xue, Donoghue, juges ; M. Gaja, juge ad hoc ;

CONTRE : M. Cançado Trindade, juge ;

3) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international en déclarant exécutoires sur le territoire italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des violations du droit international humanitaire commises en Grèce par le Reich allemand ;

POUR : M. Owada, président ; M. Tomka, vice-président ; MM. Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Mmes Xue, Donoghue, juges ; M. Gaja, juge ad hoc ;

CONTRE : M. Cançado Trindade, juge ;

4) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne devra, en promulguant une législation appropriée ou en recourant à toute autre méthode de son choix, faire en sorte que les décisions de ses tribunaux et celles d'autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international soient privées d'effet ;

POUR : M. Owada, président ; M. Tomka, vice-président ; MM. Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Mmes Xue, Donoghue, juges ; M. Gaja, juge ad hoc ;

CONTRE : M. Cançado Trindade, juge ;

5) A l'unanimité,

Rejette le surplus des conclusions de la République fédérale d'Allemagne.

MM. les juges Koroma, Keith et Bennouna joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle ; MM. les juges Cançado Trindade et Yusuf joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente ; M. le juge ad hoc Gaja joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente.

Opinion individuelle de M. le juge Koroma

Dans son opinion individuelle, le juge Koroma indique avoir voté en faveur de l'arrêt de la Cour car celui-ci reflète selon lui fidèlement l'état actuel du droit international en ce qui concerne l'immunité de juridiction de l'Etat. Il insiste toutefois sur le fait que cette décision ne doit pas être interprétée comme laissant aux Etats la licence de commettre des actes de torture ou d'autres actes similaires constitutifs de crimes contre l'humanité.

Le juge Koroma précise que l'affaire portée devant la Cour n'avait trait ni au comportement des forces armées allemandes pendant la seconde guerre mondiale, ni à la responsabilité internationale de l'Allemagne à raison de ce comportement. Selon lui, la question consistait simplement à déterminer si l'Allemagne était fondée, en droit, à jouir de l'immunité devant les juridictions nationales italiennes en ce qui concerne le comportement de ses forces armées au cours du conflit susmentionné. Le juge Koroma ajoute que la Cour n'avait compétence que pour connaître de cette question de l'immunité de juridiction et que, pour la trancher, elle n'avait nul besoin d'examiner au fond la licéité du comportement de l'Allemagne.

Le juge Koroma relève que les actes commis par les forces armées allemandes en Italie pendant la seconde guerre mondiale sont clairement des actes jure imperii. Il estime en effet que les actes commis par les forces d'un Etat au cours d'un conflit armé international relèvent de l'exercice du pouvoir souverain, leur exécution étant nécessairement une prérogative de l'Etat. Or, selon le juge Koroma, il est bien établi que les Etats ont, d'une manière générale, droit à l'immunité en ce qui concerne les actes jure imperii. La question était donc de savoir s'il existe une exception à cette règle générale qui priverait les Etats de leur immunité souveraine en ce qui concerne les actes illicites commis par leurs forces armées sur le territoire d'un autre Etat au cours d'un conflit armé ou de l'occupation dudit territoire.

Le juge Koroma observe que le droit de l'immunité souveraine a évolué et qu'il existe aujourd'hui une exception limitée à l'immunité pour certains types d'actes dommageables. Il note que cette exception est codifiée à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, qui peut être considéré comme reflétant l'état actuel du droit international coutumier. Il souligne toutefois qu'il ressort clairement du commentaire de la commission du droit international que les rédacteurs de cette convention estimaient que l'article 12 était principalement destiné à s'appliquer aux situations telles que des accidents de la circulation, et qu'il ne devait pas s'appliquer à des situations liées à des conflits armés. Le juge Koroma conclut, en conséquence, que les Etats bénéficient encore aujourd'hui de l'immunité souveraine en ce qui concerne les actes jure imperii commis par leurs forces armées pendant un conflit armé. Il insiste toutefois sur le fait que la Cour a pour mission d'appliquer le droit existant et que rien, dans son arrêt, ne s'oppose à la poursuite de l'évolution du droit de l'immunité de l'Etat.

Le juge Koroma est également d'avis qu'il est important de tenir compte des arguments présentés par la Grèce — Etat intervenant dans l'instance en tant que non-partie — et d'y répondre. Dans sa déclaration écrite, la Grèce mettait notamment l'accent sur le «droit individuel à ... réparation en cas de violations graves du droit humanitaire». Le juge Koroma estime que la Grèce est fondée à soutenir que le droit international considère aujourd'hui les individus comme les bénéficiaires ultimes des réparations dues à raison de violations des droits de l'homme. Selon lui, il ne s'ensuit cependant pas que le droit international leur confère le droit d'introduire une action en réparation directement contre un Etat. Le juge Koroma observe que rien dans la quatrième convention de La Haye de 1907 ou dans l'article 91 du protocole additionnel de 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949 n'étaye cette proposition. Aux termes des articles pertinents de ces deux instruments, les Etats sont tenus «à indemnité» en cas de violation desdites conventions ; ces dispositions ne visent toutefois pas, selon le juge Koroma, à imposer aux Etats d'indemniser directement les personnes victimes de ces violations. A cet égard, le juge Koroma

fait observer qu'une disposition imposant à un Etat d'indemniser directement les individus n'aurait pas été concevable en 1907, date de la conclusion de la quatrième convention de La Haye.

Le juge Koroma conclut que c'est à juste titre que la Cour a jugé que l'Allemagne avait droit à l'immunité souveraine en ce qui concerne les actes commis par ses forces armées en Italie pendant la seconde guerre mondiale. Il précise toutefois que cette conclusion n'empêche pas les Parties d'entamer des négociations afin de régler les questions encore pendantes qui ont été soulevées en la présente affaire ; pareil règlement ne nécessite néanmoins pas de faire fi du droit de l'immunité de juridiction existant, lequel protège et préserve, à raison, la souveraineté des Etats et leur égalité souveraine.

Opinion individuelle de M. le juge Keith

Le juge Keith souscrit aux conclusions de la Cour et, dans une large mesure, aux motifs de l'arrêt. Par l'exposé de son opinion, il entend insister sur le fait que les règles internationales relatives à l'immunité de l'Etat sont solidement fondées sur des principes de droit international et des politiques de l'ordre juridique international.

L'un des principes fondamentaux à cet égard est celui de l'égalité souveraine des Etats, suivant lequel tous les Etats ont des droits et des devoirs égaux, et sont juridiquement égaux. Dans les affaires dans lesquelles sont en cause des questions ayant trait à l'immunité de l'Etat, ce principe s'applique à deux Etats : celui devant la juridiction duquel la procédure est engagée et l'Etat étranger, censé être le défendeur. D'un côté, la compétence du tribunal en question découle de la souveraineté de l'Etat du for ; de l'autre, les principes de l'égalité et de l'indépendance souveraines de l'Etat étranger militent en faveur de l'immunité de juridiction.

Depuis 200 ans, les juridictions et législatures nationales, en cherchant à concilier ces deux aspects, se sont particulièrement attachées à la nature de l'acte en cause : celui-ci doit-il être considéré comme relevant de l'exercice de l'autorité souveraine, ou ne se distingue-t-il pas de l'acte de toute autre personne soumise au droit local ? Cette même approche a été suivie dans des traités plus récents ainsi que dans les processus — diplomatiques ou autres — qui ont conduit à leur conclusion. Par ailleurs, une pratique bien établie souligne la distinction, essentielle aux fins de l'espèce, entre les obligations matérielles incombant à un Etat étranger et les moyens procéduraux ou institutionnels par lesquels ces obligations doivent être exécutées.

En ce qui concerne les réclamations portées devant la justice italienne, le juge Keith rappelle que l'Allemagne a reconnu sa responsabilité pour les souffrances indicibles qui ont résulté des actes illicites qu'elle a commis entre 1943 et 1945. Ce n'est cependant pas cette illicéité qui faisait l'objet de la présente affaire, mais la question de savoir si les tribunaux italiens étaient fondés à exercer leur compétence à l'égard d'actions trouvant leur origine dans lesdits actes et engagées contre l'Allemagne.

Selon l'Italie, l'un des fondements de l'exercice de cette compétence était la règle de l'exception territoriale. Quoique cette règle soit reconnue de longue date, le juge Keith conclut qu'elle ne s'applique pas au comportement en cause en l'espèce. Premièrement, elle s'appliquerait à des demandes d'indemnités en vertu du droit local se rapportant essentiellement à des préjudices corporels et des préjudices matériels qui, en règle générale, seraient assurables. En revanche, elle ne s'appliquerait pas à des actes commis au cours d'un conflit armé entre Etats, puisqu'il s'agit là d'actes de dimension internationale, à caractère souverain et qui doivent être appréciés au regard du droit international, et non du droit local. Deuxièmement, le juge Keith relève l'analogie entre l'immunité de l'Etat étranger et les règles relatives à l'immunité de l'Etat du for devant ses propres tribunaux ; il rappelle que, même si les législations nationales ont restreint cette immunité, celle-ci continue généralement de s'appliquer à l'égard d'actions fondées sur des actes des forces armées de l'Etat. Troisièmement, sur le plan international, les réclamations relatives à des dommages de

guerre et à des pertes formulées contre d'anciens belligérants font, en pratique, l'objet de négociations et d'accords interétatiques. Telle est la pratique des après-guerres, et cela étaye fermement la conclusion selon laquelle un ancien Etat belligérant ne saurait, sans son consentement, être soumis à la juridiction d'un tribunal étranger dans des affaires telles que celles qui faisaient l'objet de la présente instance.

Opinion individuelle de M. le juge Bennouna

Le juge Bennouna considère qu'il ne peut faire sienne l'approche adoptée par la Cour ni accepter la logique de son raisonnement, même s'il a voté en faveur de la partie du dispositif qui a conclu à la violation par l'Italie de l'immunité de juridiction de l'Allemagne. Pour le juge Bennouna, le caractère indissociable de la responsabilité et de l'exercice de la souveraineté fait que c'est en assumant, s'il y a lieu, la première que l'Etat peut justifier sa revendication de l'immunité devant les tribunaux étrangers au titre de l'égalité souveraine. Selon le juge Bennouna, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'Etat présumé auteur des faits illicites rejette toute mise en cause de sa responsabilité, sous quelque forme que ce soit, qu'il pourrait perdre le bénéfice de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for. Il appartient à la Cour, en se prononçant sur l'immunité, de veiller à l'unité du droit international en prenant en compte l'ensemble de ses composantes.

Opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade

1. Dans son opinion dissidente, qui comprend 27 parties, le juge Cançado Trindade expose les raisons fondamentales pour lesquelles il est globalement en désaccord avec la décision rendue par la Cour, raisons qui ont trait à la méthode que celle-ci a adoptée, à la démarche qu'elle a suivie, à tout le raisonnement dont procède son traitement des questions de fond, ainsi qu'aux conclusions sur lesquelles se fonde son arrêt. Il introduit son opinion dissidente en définissant ce qui constitue pour lui (partie I) le contexte dans lequel devait s'inscrire le règlement du différend en cause, où entre inévitablement en jeu le principe de la mise en œuvre de la justice, particulièrement important lorsque la Cour, comme dans le cas d'espèce, est appelée à régler en s'appuyant sur des considérations fondamentales d'humanité une affaire qui tient ses origines de faits constituant des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

2. Envisageant, en guise de préliminaire, l'immunité de l'Etat sous l'angle intertemporel (partie II), il fait valoir qu'on ne saurait tenir compte sélectivement du droit intertemporel pour autant qu'il sert la cause qu'on défend, c'est-à-dire n'admettre l'incidence de l'écoulement du temps et de l'évolution du droit que sur certains seulement des aspects factuels d'une situation existant de longue date. Il importe selon lui de garder à l'esprit l'évolution du droit pour apprécier convenablement les rapports entre immunités de l'Etat et droit à des réparations de guerre. Il considère qu'en l'espèce, ce rapport est incontournable.

3. Ainsi, et bien que par son ordonnance du 6 juillet 2010 (à laquelle le juge Cançado Trindade a joint une opinion dissidente), la Cour ait rejeté la demande reconventionnelle présentée par l'Italie, il se trouve que tout au long de la procédure (écrite et orale), les Parties (l'Allemagne et l'Italie) ont constamment fait référence aux faits qui sont à l'origine de leur différend et en constituent le contexte historique. Le juge Cançado Trindade y voit la confirmation de ce qu'il a soutenu dans son opinion dissidente sur l'ordonnance rendue par la Cour le 6 juillet 2010, à savoir que les immunités de l'Etat sont une notion qui, loin de pouvoir être considérée isolément, est indissociable des faits dans lesquels une affaire contentieuse trouve son origine (partie III).

4. Le juge Cançado Trindade insiste ensuite sur l'importance du geste louable qu'a fait l'Allemagne en admettant à maintes reprises, au cours de la procédure écrite et orale, sa responsabilité en tant qu'Etat à l'égard des actes illicites constituant l'origine factuelle du cas d'espèce, à savoir les crimes commis par le III^e Reich durant la seconde guerre mondiale (partie IV). Ce geste est révélateur du caractère unique que revêt la présente affaire du point de vue des immunités juridictionnelles de l'Etat ; l'affaire est sans précédent dans les annales de la Cour en ce que l'Etat demandeur admet sa responsabilité à l'égard des actes illicites qui en constituent le contexte factuel.

5. Le juge Cançado Trindade passe ensuite en revue (partie V) différentes orientations doctrinales suivies par une génération de juristes qui, ayant été témoins au XX^e siècle des horreurs de deux guerres mondiales, ne s'en sont pas tenus aux conceptions strictement axées sur l'Etat et ont mis en avant les valeurs humaines fondamentales et les droits de la personne humaine, se montrant ainsi fidèles aux origines historiques du droit des gens, comme devraient l'être les juristes d'aujourd'hui. Pour lui, les immunités de l'Etat sont une prérogative ou un privilège et ne sauraient continuer de faire obstacle à l'évolution du droit international qui se manifeste actuellement à la lumière des valeurs humaines fondamentales. Il observe que les travaux d'éminentes institutions telles que l'Institut de droit international et l'International Law Association vont dans ce sens.

6. Ainsi, lorsque l'immunité de l'Etat est en balance avec le droit à l'accès à la justice, c'est en faveur de ce dernier qu'il faut trancher, en particulier dans les affaires ayant trait à des crimes au regard du droit international (partie VI). Le juge Cançado Trindade souligne qu'il importe de respecter l'impératif de justice et d'exclure l'impunité des crimes au regard du droit international afin d'empêcher que d'autres ne soient commis à l'avenir. Selon lui, les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire atteignent un degré de gravité qui exclut tout obstacle juridictionnel à la recevabilité des demandes de réparation des préjudices subis par les victimes (partie VII). Toutes les atrocités commises à grande échelle sont de nos jours considérées, selon lui, à raison de leur degré de gravité, quels qu'en soient les auteurs ; l'immunité de l'Etat ne saurait exonérer les Etats qui suivent une politique criminelle et s'en autorisent pour commettre des atrocités.

7. Dans la partie VIII de son opinion dissidente, le juge Cançado Trindade soutient que les Etats ne peuvent suspendre inter se des droits qui, étant des droits naturels de la personne humaine, ne leur appartiennent pas. Il est pour lui inadmissible que des Etats prétendent s'accorder pour suspendre des droits naturels de la personne humaine, pratique qui est contraire à «l'ordre public» international et doit être privée de tout effet juridique. C'est là une vérité profondément ancrée dans la conscience collective de l'humanité, la conscience juridique universelle, source première de tout le droit.

8. Dans la partie IX de son opinion dissidente, le juge Cançado Trindade montre que bien avant la seconde guerre mondiale, le droit international interdisait la déportation aux fins du travail forcé (considéré comme une forme de travail en esclavage). L'illicéité de cette pratique était largement reconnue sur le plan normatif, étant inscrite dans la convention IV de La Haye de 1907 et la convention de l'Organisation internationale du travail de 1930 sur le travail forcé. Les travaux de codification de l'époque prenaient acte de cette interdiction, consacrée en outre par la jurisprudence. Le droit à des réparations de guerre était également reconnu bien avant la fin de la seconde guerre mondiale (il était inscrit dans la convention IV de La Haye de 1907) (partie XII).

9. De l'avis du juge Cançado Trindade, ce sont les crimes au regard du droit international qui compromettent et déstabilisent l'ordre juridique international, et non les tentatives faites par des

particuliers pour obtenir réparation des préjudices qui en sont la conséquence. Ce qui trouble cet ordre juridique, ce sont les actes visant à couvrir ces crimes et l'impunité qui en résulte pour leurs auteurs, et non pas les démarches faites par les victimes pour obtenir que justice leur soit faite (parties X et XIII). Lorsqu'un Etat s'autorise d'une politique criminelle pour anéantir une partie de sa population et de celle d'autres Etats, il ne saurait, plus tard, s'abriter derrière les immunités souveraines, qui n'ont certainement pas été conçues à une telle fin.

10. Le juge Cançado Trindade passe ensuite en revue les réponses des Parties (l'Allemagne et l'Italie) et de l'Etat intervenant (la Grèce) aux questions qu'il leur avait posées le 16 septembre 2011 à l'issue des audiences tenues par la Cour (partie XI). Il soutient que les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui constituent des crimes au regard du droit international, sont des actes anti-juridiques, contraires au jus cogens, qui ne sauraient être effacés ou voués à l'oubli par la simple invocation de l'immunité de l'Etat (parties XII et XIII).

11. Le juge Cançado Trindade poursuit en examinant les conflits entre l'immunité de l'Etat et le droit des victimes à l'accès à la justice que révèlent la jurisprudence internationale et la jurisprudence des tribunaux internes (partie XIV) ; il estime qu'en pareil cas, c'est le droit à l'accès à la justice qui doit l'emporter, eu égard à l'importance accordée aujourd'hui (y compris par l'Assemblée générale des Nations Unies) à l'Etat de droit, aussi bien à l'intérieur des Etats que sur le plan international. Il rejette la distinction classique, qu'il estime d'ailleurs s'être estompée, entre acta jure gestionis et acta jure imperii comme étant sans pertinence dans la présente affaire ; selon lui, les crimes au regard du droit international qui sont le fait d'Etats (tels que ceux commis par le III^e Reich durant la seconde guerre mondiale) ne sont ni des actes jure gestionis ni des actes jure imperii, mais des crimes, delicta imperii, qui ne sauraient être couverts par aucune immunité (partie XV).

12. Le juge Cançado Trindade envisage ensuite les immunités de l'Etat au regard des préoccupations ayant trait à la personne humaine. Cette juxtaposition permet selon lui au droit international (le droit des gens) de se dégager d'une appréhension à courte vue des événements passés, centrée sur les relations entre Etats (partie XVI). Il rappelle que le terme «immunité» (immunitas en latin, dérivé de immunis) est entré dans le vocabulaire du droit international par référence aux «prérogatives» de l'Etat souverain, avec une connotation d'impunité. Ce terme était censé désigner quelque chose de tout à fait exceptionnel, un privilège de juridiction ou d'exécution. Il n'a jamais été question d'ériger l'immunité en principe ou d'en faire une norme d'application générale. Le terme n'était certainement pas censé désigner un privilège de juridiction exonérant les responsables de crimes au regard du droit international ou de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ou un moyen de couvrir de pareils actes.

13. Le juge Cançado Trindade soutient ainsi que lorsque des crimes ou des violations graves de cet ordre ont été commis, il est parfaitement légitime que les individus concernés aient accès directement à la juridiction internationale afin de faire valoir leurs droits en tant que victimes, y compris à l'encontre de l'Etat dont ils sont ressortissants (partie XVII). Selon lui, si l'on accepte de se départir de l'étroitesse de vue qu'implique la prise en considération des seules relations entre Etats, l'individu apparaît bel et bien comme un sujet de droit international (et non simplement un «acteur») ; chaque fois qu'une doctrine juridique s'écarte de cette vérité, il en résulte des conséquences catastrophiques. Les individus sont «titulaires» de droits et assujettis à des obligations qui émanent directement du droit international (jus gentium). En témoignent sans équivoque les lignes de convergence qui se dégagent du développement, ces dernières décennies, du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés, ainsi que du développement plus récent du droit pénal international.

14. Pour le juge Cançado Trindade, s'il y a impossibilité, elle ne concerne pas la levée de l'immunité de l'Etat, puisque l'immunité n'existe pas pour les crimes contre l'humanité (parties XVIII et XIX). Ce qui doit être frappé d'impossibilité, c'est le déni du droit à l'accès à la justice d'un individu victime de crimes au regard du droit international, de delicta imperii ; ce droit comprend celui d'obtenir réparation des violations graves des droits naturels qui sont les siens de par sa qualité d'être humain. Si ce droit n'est pas reconnu, il ne saurait y avoir de système juridique interne ou international crédible. Il s'agit là d'un droit qui procède du jus cogens.

15. Ainsi, les immunités de l'Etat ne s'étendent pas au delicta imperii tels que les massacres de civils sans défense (par exemple les massacres commis à Distomo, en Grèce, en 1944 et le massacre de Civitella, perpétré en Italie en 1944 également) ou la déportation aux fins du travail forcé dans les industries de guerre (par exemple les déportations qui ont eu lieu en 1943-1945) (partie XVIII). De l'avis du juge Cançado Trindade, la constatation de violations particulièrement graves des droits de l'homme ou du droit international humanitaire justifie la levée de toute restriction juridictionnelle pouvant faire obstacle à l'indispensable mise en œuvre de la justice. Peu importe que l'acte illicite constituant une violation grave des droits de l'homme soit le fait d'un Etat ou d'un individu agissant sous couvert d'un Etat, ou qu'il ait ou non été commis entièrement sur le territoire de l'Etat du for (la déportation aux fins du travail forcé est un crime qui ne connaît pas les frontières). Il n'est pas d'immunité de l'Etat qui tienne lorsqu'il s'agit de réparer des violations graves des droits fondamentaux de la personne humaine.

16. Le juge Cançado Trindade affirme ensuite que le droit à l'accès à la justice, entendu au sens large, comprend non seulement le droit à l'accès formel à la justice (celui d'intenter une action), le droit à un recours effectif, mais englobe aussi la garantie d'une procédure régulière (dans laquelle les Parties sont à armes égales, c'est-à-dire la garantie d'un procès équitable), et s'étend jusqu'au jugement (prestation juridictionnelle) et à l'exécution rigoureuse de celui-ci, y compris pour ce qui concerne les réparations (partie XIX). La jurisprudence contemporaine va à certains égards en ce sens, s'orientant vers le jus cogens (parties XX et XXI). La mise en œuvre de la justice est en elle-même une forme de réparation, une «satisfaction» accordée à la victime. Ceux qui ont souffert de l'oppression sont ainsi dûment rétablis dans leur «droit au droit» (partie XXII).

17. Le juge Cançado Trindade explique ensuite que même dans le domaine proprement dit des immunités de l'Etat, on observe la prise de conscience d'une évolution qui tend à limiter ou à écarter purement et simplement ces immunités lorsqu'un Etat a commis des violations graves des droits de l'homme ou du droit international humanitaire ; cette évolution tient à l'avènement du droit international des droits de l'homme, qui accorde une grande importance au droit à l'accès à la justice et à la responsabilité internationale. Il ajoute que le devoir qui incombe à l'Etat d'accorder réparation aux victimes de violations graves des droits de l'homme ou du droit international humanitaire est un devoir consacré par le droit international coutumier qui procède d'un principe général fondamental du droit (partie XXII).

18. Le juge Cançado Trindade observe ensuite qu'un courant d'opinion de plus en plus puissant se manifeste aujourd'hui en faveur de la levée de l'immunité de l'Etat lorsque les victimes de crimes au regard du droit international cherchent à en obtenir réparation. Il ajoute qu'admettre d'un côté que l'immunité de l'Etat puisse être levée dans des affaires concernant les relations commerciales internationales ou la responsabilité civile de personnel expatrié (à la suite par exemple d'accidents de la circulation) tout en persistant de l'autre à vouloir couvrir, en préservant leur immunité, des Etats qui ont, suivant une politique criminelle, commis des crimes au regard du droit international, sous la forme de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, relève d'une absurdité juridique.

19. Le juge Cançado Trindade affirme que dans les affaires où sont en cause des faits d'une gravité comparable à ceux qui sont à l'origine de la présente affaire, qui oppose l'Allemagne à l'Italie (et dans laquelle la Grèce est Etat intervenant), le droit à l'accès à la justice, entendu au sens large, doit être considéré en prêtant attention à son essence en tant que droit fondamental (comme le fait la Cour interaméricaine des droits de l'homme), plutôt qu'à ses restrictions admissibles ou implicites (comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme). Pour lui, les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne sont autres que des violations du jus cogens, qui engagent la responsabilité de l'Etat et emportent pour les victimes le droit à réparation (Parties XXI et XXIII). Cette conception rejoint l'idée de «rectitude» (conformité à la recta ratio du droit naturel) qui constitue l'assise de tout le droit (Recht/Diritto/Droit/Direito/Derecho/Right), sans distinction de système juridique (partie XXIII).

20. Le juge Cançado Trindade axe ensuite sa réflexion sur le droit individuel à réparation, indispensable pendant aux violations graves du droit international à l'origine du préjudice subi par les victimes. Le tout que forment les notions indissociables de violation/réparation a du reste, ajoute-t-il, été reconnu par la Cour de La Haye (CPJI et CIJ) dans une jurisprudence constante, et l'effet prêté à tort à l'immunité de l'Etat en la matière ne saurait venir fissurer cet ensemble. Pour le juge Cançado Trindade, il n'est nullement justifié d'affirmer que, lorsque sont en cause de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique, au détriment des individus victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

21. Le juge Cançado Trindade ajoute qu'il ressort clairement du dossier de la présente affaire que des «internés militaires italiens» (d'anciens soldats faits prisonniers, auxquels fut dénié le statut de prisonnier de guerre) victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie (ils avaient été déportés, en même temps que des civils, en Allemagne pour y être astreints au travail forcé dans l'industrie de l'armement pendant la seconde guerre mondiale — en 1943-1945) attendent toujours d'être indemnisés (partie XXIV). En application des deux accords qu'elle a conclus en 1961 avec l'Italie, l'Allemagne a certes effectué des versements au titre des réparations, mais le fait est que des victimes sont restées exclues du champ d'application de ces instruments. L'Allemagne elle-même reconnaît en outre que certains internés militaires italiens n'ont pas obtenu réparation en raison de l'interprétation dont a fait l'objet sa loi de 2000 portant création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir».

22. L'Allemagne, en effet, n'a pas indemnisé ces internés militaires italiens par l'entremise de la fondation, mais s'est autorisée d'un avis d'expert pour commettre ce qui, de l'avis du juge Cançado Trindade, constitue à leur égard une double injustice puisque, après leur avoir dénié le statut de prisonnier de guerre, et donc les droits associés à ce statut, elle a, à l'heure où ils demandaient réparation des violations du droit international humanitaire dont ils avaient été victimes (dont celle constituée par le refus de leur reconnaître ce statut), estimé qu'ils devaient être traités comme des prisonniers de guerre (partie XXV). Il est malheureusement trop tard pour les considérer comme des prisonniers de guerre (et plus regrettable encore de leur refuser à ce titre réparation) : ils auraient dû être considérés comme tels pendant, et immédiatement après, la seconde guerre mondiale (aux fins de la protection associée à ce statut), mais ne l'ont pas été.

23. En somme, des victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie ont de fait été privées de réparation. Or, de l'avis du juge Cançado Trindade, on ne saurait laisser sans aucune forme de recours les victimes d'atrocités perpétrées par un Etat. L'immunité de l'Etat n'est pas censée empêcher la saisine du juge dans des circonstances de la nature de celles qui sont en jeu en l'espèce. Elle ne doit pas

empêcher la mise en œuvre de la justice. La quête de la justice doit être préservée, en tant qu'objectif suprême ; et, entre autres, pour que justice puisse leur être rendue, les victimes doivent être mises en mesure de demander, et d'obtenir, réparation des crimes qu'elles ont subis.

24. Or, la mise en œuvre de la justice est en soi une forme de réparation (satisfaction) accordée aux victimes. C'est la réponse apportée par le Droit à ces graves violations, ce qui nous amène dans le domaine du jus cogens. D'après le juge Cançado Trindade, par la reparatio (du verbe latin reparare, «rétablir»), le Droit intervient pour faire cesser les effets des atteintes portées à son encontre, et pour garantir la non-répétition des actes préjudiciables. La reparatio n'efface pas les violations des droits de l'homme déjà commises mais, en en faisant cesser les effets, elle permet tout au moins d'éviter l'aggravation (qu'entraîne l'indifférence du milieu social, l'impunité ou l'oubli) du préjudice déjà causé.

25. La reparatio, selon le juge Cançado Trindade, est investie d'une double signification : il s'agit de donner aux victimes satisfaction (en tant que forme de réparation), tout en rétablissant l'ordre juridique, qui repose sur le plein respect des droits naturels de la personne humaine, lorsqu'il a été compromis par les violations commises. L'ordre juridique, ainsi rétabli, exige des assurances de non-répétition.

26. Poursuivant sa réflexion, le juge Cançado Trindade défend, dans la suite de son opinion dissidente, la primauté du jus cogens et s'inscrit en faux contre sa déconstruction (partie XXVI). On ne saurait, d'après lui, faire fond sur le postulat erroné — et formaliste — d'une absence de conflit entre règles de nature «procédurale» et règles de nature «matérielle» (voir ci-dessous), en privant à tort le jus cogens des effets et conséquences juridiques qui lui sont attachés. Si conflit il y a, et c'est le jus cogens qui l'emporte, résistant — et survivant — aux tentatives faites, sans justification aucune, pour le déconstruire. Aucun Etat ne saurait se prévaloir de la prérogative ou du privilège que représente l'immunité lorsqu'ont été commis des crimes au regard du droit international, tels que le massacre de civils ou la déportation de civils et de prisonniers de guerre en vue de leur astreinte au travail forcé : il s'agit là de violations graves d'interdits absolus relevant du jus cogens, qui excluent toute immunité.

27. Le juge Cançado Trindade souligne que l'on ne peut aborder des affaires de cette nature — se rapportant à de graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire — sans prêter une grande importance aux valeurs humaines fondamentales. N'en déplaise aux tenants du positivisme juridique, le droit et l'éthique vont forcément de pair, ce qu'il convient de ne pas perdre de vue si l'on veut voir justice dûment rendue, aux niveaux national et international. D'après le juge Cançado Trindade, les grands principes ici en jeu sont ceux d'humanité et de dignité humaine. L'immunité d'un Etat responsable de crimes internationaux ne saurait, estime-t-il, se voir accorder priorité sur la responsabilité qui est celle de cet Etat et son corollaire obligé, l'obligation de réparation lui incombant à l'égard des victimes.

28. L'opinion contraire (celle de la majorité) procède d'une démarche empirico-factuelle consistant à dresser l'inventaire d'une jurisprudence interne inadaptée, d'une part, et d'autre part, de la pratique hétérogène reflétée par quelques lois sur la question en cause. La méthodologie est typique du positivisme juridique, qui accorde trop d'importance aux faits et ne fait aucun cas des valeurs. Quoi qu'il en soit, même dans cette logique, l'examen des décisions rendues par des juridictions nationales ne vient, selon le juge Cançado Trindade, nullement justifier la reconnaissance de l'immunité de l'Etat lorsque les actes incriminés sont des crimes au regard du droit international.

29. Il s'agit là, d'après le juge Cançado Trindade, d'exercices de positivisme conduisant à la fossilisation du droit international, et révélateurs du sous-développement dans lequel celui-ci se maintient, au lieu de connaître le développement progressif que l'on serait en droit d'attendre. A cette méthodologie inappropriée sont associées des notions inadéquates et douteuses, telles que l'opposition entre règles de nature «procédurale» et «matérielle». Il est, estime le juge Cançado Trindade, faux de supposer qu'il n'existe, ni ne saurait exister, aucun conflit entre les règles, de nature matérielle, «ayant valeur de jus cogens» (qui interdisent «de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé») et les règles de nature procédurale régissant l'immunité de l'Etat. C'est là un postulat tautologique qui conduit à reconnaître l'immunité de l'Etat même dans les graves circonstances qui sont celles de la présente espèce.

30. Il existe donc bel et bien un conflit sur le fond, même si, d'un point de vue formel, ce conflit peut ne pas être immédiatement discernable. Mais conflit il y a, répète le juge Cançado Trindade, et il est regrettable de se livrer à une déconstruction si parfaitement injustifiée du jus cogens, privant celui-ci des effets et conséquences juridiques qui sont les siens. Le juge Cançado Trindade note du reste que ce n'est pas la première fois que la Cour adopte une telle démarche, citant, en ce qui concerne les dix dernières années, les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires du Mandat d'arrêt (2002) et des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda) (2006) — arrêts que la Cour rappelle, sans s'en dissocier, dans la présente décision. Or il est, selon lui, grand temps de donner au jus cogens toute l'attention qu'il requiert, et qu'il mérite.

31. La déconstruction du jus cogens, à laquelle il est notamment procédé en l'espèce, intervient, aux yeux du juge Cançado Trindade, au détriment non seulement des victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, mais également du droit international contemporain lui-même. En résumé, la prérogative ou le privilège que représente l'immunité de l'Etat n'a pas lieu d'être lorsque sont en cause des crimes au regard du droit international, tels que le massacre de civils, ou le fait de déporter des civils et des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé : il s'agit là de violations graves d'interdits absolus relevant du jus cogens, à l'égard desquelles il ne saurait y avoir d'immunité.

32. Les immunités de l'Etat doivent cesser d'être abordées isolément, ou dans une perspective atomisée (hors de tout contexte) ; elles doivent maintenant être intégrées dans une vision systémique du droit international contemporain, et du rôle que joue cet ordre juridique dans la communauté internationale. Le juge Cançado Trindade ajoute qu'on ne saurait «geler» le droit international en continuant, et persistant, à faire fond sur certaines omissions du passé, intervenues dans le cadre normatif (voir, par exemple, la genèse de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens de 2004) ou judiciaire (voir, par exemple, la décision adoptée par la majorité des juges de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Al-Adsani (2001), invoquée par la Cour en la présente espèce).

33. En résumé, conclut le juge Cançado Trindade, le jus cogens prend rang avant la prérogative ou le privilège que représente l'immunité de l'Etat, avec toutes les conséquences que cela implique, ce qui permet d'éviter tout déni de justice ou impunité. A la lumière de l'ensemble de ses réflexions, le juge Cançado Trindade est intimement convaincu que l'immunité de l'Etat n'a pas lieu d'être lorsque sont en cause des crimes au regard du droit international, de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et telle est, selon lui, la conclusion à laquelle aurait dû aboutir la Cour internationale de Justice dans le présent arrêt.

Opinion dissidente de M. le juge Yusuf

Dans son opinion dissidente, le juge Yusuf se déclare dans l'impossibilité de s'associer aux conclusions de la majorité parce qu'il estime que l'arrêt ne traite qu'incidemment de la question qui était au cœur du différend entre les Parties. Cette question centrale était celle du lien entre le défaut de réparation à raison de crimes au regard du droit international et le refus d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction. En serait-on venu à considérer que protéger d'un déni de justice les victimes de crimes au regard du droit international est contraire à ce même droit ? Le juge Yusuf considère que la Cour a manqué une occasion unique de préciser le droit et de se prononcer sur l'effet que l'absence d'autres voies de recours peut avoir sur l'immunité de juridiction devant les tribunaux internes. C'est là un aspect du droit international qui est manifestement en évolution, et la Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, aurait dû guider cette évolution.

Le désaccord du juge Yusuf avec la majorité concerne de plus les principaux points suivants : l'absence d'analyse adéquate de l'obligation de réparation en cas de violations graves du droit international humanitaire (question intimement liée à celle du refus de reconnaître l'immunité de l'Etat) ; le raisonnement et les conclusions concernant la portée et l'étendue de l'immunité et les cas où il peut y être dérogé ; enfin, la conception retenue par la majorité du rôle que jouent les juridictions nationales dans la définition et l'évolution des normes du droit international coutumier, en particulier dans le domaine de l'immunité de l'Etat.

Notant que la question de l'immunité de juridiction des Etats étrangers devant les tribunaux nationaux dans les affaires où sont en cause des violations graves du droit international humanitaire a été abondamment débattue par la doctrine et a récemment fait l'objet de décisions judiciaires contradictoires, le juge Yusuf observe que le point sur lequel la Cour devait se prononcer n'était qu'un aspect, étroitement circonscrit, de cette question, puisqu'il s'agissait pour elle de dire si le refus des tribunaux italiens d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction à l'égard des demandes en réparation présentées par les victimes des crimes nazis en l'absence de toute autre voie de recours constituait ou non un fait internationalement illicite. Or, la Cour a fait porter son analyse sur la question plus générale de savoir si l'immunité est applicable aux actes illicites commis par les forces armées d'un Etat pendant un conflit armé. Pour le juge Yusuf, cette manière d'aborder les questions centrales est «trop abstraite et formaliste» au regard de la situation vécue par certaines catégories de victimes italiennes des crimes nazis qui, ayant cherché en vain à obtenir réparation pendant plus de cinquante ans, en sont venues à soumettre leurs demandes aux tribunaux italiens, dans lesquels elles voyaient une autre voie de recours. Alors que cet argument du «dernier recours» était au cœur du différend opposant l'Allemagne à l'Italie, la Cour ne s'est pas penchée sur les incidences juridiques que le refus de l'Allemagne d'accorder réparation à certaines catégories de victimes pouvait avoir sur la reconnaissance ou le refus à l'Allemagne de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for que prévoit le droit international, et s'est bornée à qualifier de «regrettable» ce refus de réparation.

Le juge Yusuf trouve pour sa part regrettable que la Cour n'ait pas examiné la place, dans le droit international, de l'obligation d'accorder réparation à raison de violations du droit international humanitaire, alors même qu'en l'espèce, la question de savoir si cette obligation avait été remplie ou non avait une incidence directe sur celle de la reconnaissance ou du refus de l'immunité de juridiction. Il ajoute que cette obligation est énoncée à l'article 3 de la convention IV de La Haye (1907) et à l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève (1949), et que si les questions touchant la réparation de telles violations sont depuis longtemps réglées entre Etats, on ne saurait en conclure que les particuliers ne sont pas ou n'étaient pas censés être les ultimes bénéficiaires des régimes de réparation ou n'ont pas le droit d'introduire des demandes d'indemnisation. Au cours des deux dernières décennies, il est devenu de plus en plus fréquent que des particuliers cherchent à obtenir réparation de violations graves du droit international humanitaire ; on peut citer à cet égard les demandes portées devant les tribunaux japonais dans les années 1990 par des personnes qui avaient été réduites en esclavage ou soumises à la torture et des

«femmes de réconfort» qui avaient été astreintes au servage sexuel durant la seconde guerre mondiale, les demandes introduites devant des tribunaux des Etats-Unis par l'Holocaust Restitution Movement au nom de personnes astreintes au travail en esclavage pendant la guerre, l'affaire Distomo en Grèce et l'affaire Ferrini en Italie. Le droit de la responsabilité de l'Etat n'exclut pas la possibilité que des droits soient reconnus aux particuliers victimes d'actes illicites commis par un Etat, et le Comité international de la Croix Rouge, dans son commentaire de l'article 91 du protocole additionnel I, constate que depuis 1945, un courant de pensée s'est manifesté en faveur de la reconnaissance de l'exercice individuel de tels droits. La question sur laquelle devait statuer la Cour était donc de savoir ce qui devait se passer lorsque, l'Etat étranger ayant reconnu sa responsabilité à raison de violations graves du droit international humanitaire, certaines des victimes de ces violations n'étaient néanmoins pas couvertes par les régimes de réparation et se voyaient donc refuser toute indemnisation. En pareil cas, l'Etat devait-il être autorisé à se prévaloir de son immunité devant les tribunaux internes pour se soustraire à son obligation de réparation ?

Le juge Yusuf s'intéresse ensuite à la portée de l'immunité de juridiction. A cet égard, il précise que si l'immunité de l'Etat est une règle de droit coutumier et ne relève pas simplement de la courtoisie, sa portée s'est réduite au cours du siècle passé, au fur et à mesure que le droit international s'éloignait d'un système juridique centré sur l'Etat pour se transformer en un système protégeant également les droits des êtres humains vis-à-vis de l'Etat. Les juridictions nationales ont été le fer de lance de ce rétrécissement de la portée de l'immunité, et quoique le droit de l'immunité joue un rôle important dans le maintien de relations harmonieuses entre les Etats, il ne s'agit pas d'une règle dont la portée serait clairement définie en toutes circonstances ou dont la stabilité serait absolue. L'immunité de l'Etat ressemble à un gruyère. Il n'y a, dès lors, pas grand sens à considérer que certaines exceptions à l'immunité font partie du droit international coutumier, nonobstant l'existence, aujourd'hui encore, de décisions judiciaires nationales divergentes, et à considérer que d'autres, fondées sur des décisions tout aussi contradictoires, étayent l'inexistence de normes coutumières. Il serait, selon le juge Yusuf, plus juste de reconnaître que le droit coutumier demeure, dans ce domaine, fragmentaire et incertain. Le juge Yusuf soutient que ces incertitudes du droit international ne peuvent être levées en s'en tenant à l'examen des décisions judiciaires contradictoires rendues par les juridictions nationales — qui sont d'ailleurs peu nombreuses en ce qui concerne les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire — pour se livrer ensuite à un calcul mathématique. Selon lui, le droit international coutumier ne se réduit pas à des chiffres. Il estime en outre que l'immunité de juridiction de l'Etat ne saurait être interprétée hors de tout contexte. Les caractéristiques de chaque affaire, ainsi que les circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivent, la nature des questions posées et l'évolution du droit international doivent toutes être dûment prises en compte. Aussi, lorsque les immunités de juridiction entrent en conflit avec certains droits fondamentaux relevant des droits de l'homme ou du droit humanitaire, un équilibre devrait 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. En la présente affaire, il s'agit du droit à un recours effectif, du droit à réparation à raison des dommages subis du fait de violations du droit humanitaire et du droit à la protection contre les dénis de justice. Il conviendrait de prendre en considération ces principes et d'apprécier la proportionnalité ainsi que la légitimité de l'octroi de l'immunité chaque fois que les règles du droit coutumier de l'immunité de l'Etat ou les exceptions à celui-ci se révèlent soit fragmentaires, soit encore incertaines, comme en l'espèce. Enfin, selon le juge Yusuf, le caractère préliminaire de la question de l'immunité de juridiction n'empêche pas les juridictions nationales — en l'espèce, italiennes — d'apprécier le contexte dans lequel la demande 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 facteurs sous-tendant l'affaire afin de déterminer si elles peuvent ou non exercer leur compétence.

Le juge Yusuf fait ensuite observer que le droit relatif à l'immunité de l'Etat a évolué au fil des années du fait des décisions rendues par les juridictions nationales et que de nombreuses exceptions aujourd'hui reconnues comme telles — par exemple l'exception territoriale ou

l'exception en matière d'emploi — ont à l'origine été énoncées par un ou deux tribunaux. D'importantes exceptions à l'immunité, telles que celles susmentionnées, auraient pu connaître un sort fort différent si la décision rendue en Autriche dans l'affaire Holubek c. Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique (ILR, vol. 40, 1962, p. 73), par exemple, avait été jugée contraire au droit international de l'immunité. Une norme naissante, qui reflète aujourd'hui une opinio juris et une pratique étatique largement répandues, aurait alors été tuée dans l'œuf. De la même manière, les décisions italiennes, ainsi que l'arrêt Distomo, pourraient être considérés comme s'inscrivant dans un processus d'évolution plus général, où les décisions des juridictions nationales donnent naissance à un certain nombre d'exceptions à l'immunité de juridiction. De toute évidence, les règles de l'immunité de l'Etat et le droit des individus à réparation à raison de crimes internationaux commis par les agents de l'Etat subissent une transformation. Dans la mesure où il existe un conflit entre l'immunité de juridiction de l'Etat et les demandes découlant de crimes internationaux, la première ne devrait pas être utilisée pour faire écran aux réparations auxquelles ont droit les victimes de tels crimes. Dans des circonstances exceptionnelles, telles que celles dont la Cour a eu à connaître, lorsqu'aucun autre recours n'est disponible, pareil conflit devrait être tranché en faveur des victimes de violations graves du droit international humanitaire. Cela ne porterait pas atteinte à l'indépendance ou à la souveraineté des Etats, mais contribuerait simplement à la cristallisation d'une exception en devenir à l'immunité de l'Etat, exception fondée sur l'opinio juris largement répandue, selon laquelle il convient de garantir la réalisation de certains droits fondamentaux de l'homme, tels que le droit à un recours effectif, lorsque, à défaut, les victimes seraient privées de voie de recours.

Pour finir, le juge Yusuf précise que ses observations ne doivent pas être interprétées comme signifiant que l'immunité doit être écartée chaque fois que des demandes de réparation à raison de crimes au regard du droit international commis par un Etat étranger sont soumises à des juridictions nationales. Il s'agit plutôt de souligner la nécessité d'interpréter le droit dans le sens dans lequel il évolue d'ores et déjà, celui d'une exception limitée et réaliste à l'immunité de l'Etat lorsque les victimes de crimes internationaux ne disposent d'aucune autre voie de recours. Le fait que les tribunaux nationaux se déclarent compétents dans ces circonstances exceptionnelles, à savoir lorsqu'il n'y a pas eu réparation par d'autres moyens, ne risque ni de perturber les relations harmonieuses entre Etats, ni de porter atteinte à la souveraineté des Etats. La protection des victimes de crimes au regard du droit international contre les dénis de justice par les tribunaux nationaux ne peut constituer une violation du droit international. Pareille exception à l'immunité de juridiction fait, selon le juge Yusuf, concorder le droit de l'immunité de l'Etat 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.

Opinion dissidente de M. le juge ad hoc Gaja

1. La Cour a conclu que «le droit international coutumier impos[ait] toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé». L'examen de la pratique étatique pertinente relative à l'«exception territoriale» à l'immunité de l'Etat ne semble cependant pas justifier une conclusion aussi catégorique.

2. La convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens prévoit une «exception territoriale». Elle ne reconnaît pas aux Etats étrangers l'immunité en ce qui concerne leurs activités militaires, et ce, bien que ses travaux préparatoires contiennent des éléments indiquant qu'elle ne s'applique pas aux «situations liées à des conflits armés».

3. Neuf des dix Etats ayant légiféré sur la question de l'immunité des Etats étrangers ont prévu une «exception territoriale». Certaines des lois en question disposent qu'il y a néanmoins immunité à l'égard de la conduite des forces militaires étrangères, mais seules sont visées les forces qu'un Etat accueille sur son territoire, et non celles d'un Etat étranger occupant. La pratique, incontestée, de ces neuf Etats est significative. Si les exceptions à l'immunité ainsi énoncées étaient infondées au regard du droit international général, la responsabilité internationale de ces Etats serait engagée.

4. La diversité des décisions judiciaires nationales révèle que cette question se situe dans une «zone grise», les Etats pouvant adopter des positions différentes sans nécessairement s'écarter des prescriptions du droit international général.

5. Un facteur qui pourrait contribuer à justifier une approche restrictive de l'immunité de l'Etat dans le cadre de l'application de l'«exception territoriale» est la nature de l'obligation (par exemple, une obligation découlant d'une norme impérative) dont l'inobservation a donné lieu à l'action en réparation engagée contre l'Etat étranger.

6. La Cour aurait dû juger que, au moins en ce qui concerne certaines décisions des tribunaux italiens, l'exercice par ceux-ci de leur juridiction ne pouvait être considéré comme contrevenant au droit international général.
