

Non corrigé
Uncorrected

CR 2011/21

**International Court
of Justice**

**Cour internationale
de Justice**

THE HAGUE

LA HAYE

YEAR 2011

Public sitting

held on Friday 16 September 2011, at 2.30 p.m., at the Peace Palace,

President Owada presiding,

*in the case concerning Jurisdictional Immunities of the State
(Germany v. Italy: Greece intervening)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2011

Audience publique

tenue le vendredi 16 septembre 2011, à 14 h 30, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Owada, président,

*en l'affaire relative aux Immunités juridictionnelles de l'Etat
(Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*

COMPTE RENDU

Present: President Owada
Vice-President Tomka
Judges Koroma
Al-Khasawneh
Simma
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov
Cañado Trindade
Yusuf
Greenwood
Xue
Donoghue
Judge *ad hoc* Gaja
Registrar Couvreur

Présents : M. Owada, président
M. Tomka, vice-président
MM. Koroma
Al-Khasawneh
Simma
Abraham
Keith
Sepúlveda-Amor
Bennouna
Skotnikov
Cançado Trindade
Yusuf
Greenwood
Mmes Xue
Donoghue, juges
M. Gaja, juge *ad hoc*
M. Couvreur, greffier

The Government of the Federal Republic of Germany is represented by:

H.E. Ms Susanne Wasum-Rainer, Ambassador, Director-General for Legal Affairs and Legal Adviser, Federal Foreign Office,

H.E. Mr. Heinz-Peter Behr, Ambassador of the Federal Republic of Germany to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Christian Tomuschat, former Member and Chairman of the International Law Commission, Professor emeritus of Public International Law at the Humboldt University of Berlin,

as Agents;

Mr. Andrea Gattini, Professor of Public International Law at the University of Padua,

Mr. Robert Kolb, Professor of Public International Law at the University of Geneva,

as Counsel and Advocates;

Mr. Guido Hildner, Head of the Public International Law Division, Federal Foreign Office,

Mr. Götz Schmidt-Bremme, Head of the International Civil, Trade and Tax Law Division, Federal Foreign Office,

Mr. Felix Neumann, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Gregor Schotten, Federal Foreign Office,

Mr. Klaus Keller, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Susanne Achilles, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Donata von Straussenburg, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers;

Ms Fiona Kaltenborn,

as Assistant.

Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne est représenté par :

S. Exc. Mme Susanne Wasum-Rainer, ambassadeur, directeur général des affaires juridiques et conseiller juridique du ministère fédéral des affaires étrangères,

S. Exc. M. Heinz-Peter Behr, ambassadeur de la République fédérale d'Allemagne auprès du Royaume des Pays-Bas,

M. Christian Tomuschat, ancien membre et président de la Commission du droit international, professeur émérite de droit international public à l'Université Humboldt de Berlin,

comme agents ;

M. Andrea Gattini, professeur de droit international public à l'Université de Padoue,

M. Robert Kolb, professeur de droit international public à l'Université de Genève,

comme conseils et avocats ;

M. Guido Hildner, chef de la division du droit international public au ministère fédéral des affaires étrangères,

M. Götz Schmidt-Bremme, chef de la division du droit international en matière civile, commerciale et fiscale au ministère fédéral des affaires étrangères,

M. Felix Neumann, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

M. Gregor Schotten, ministère fédéral des affaires étrangères,

M. Klaus Keller, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

Mme Susanne Achilles, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

Mme Donata von Straussenburg, ambassade de la République fédérale d'Allemagne au Royaume des Pays-Bas,

comme conseillers ;

Mme Fiona Kaltenborn,

comme assistante.

The Government of the Italian Republic is represented by:

H.E. Mr. Paolo Pucci di Benisichi, Ambassador and State Counsellor,

as Agent;

Mr. Giacomo Aiello, State Advocate,

H.E. Mr. Franco Giordano, Ambassador of the Italian Republic to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agents;

Mr. Luigi Condorelli, Professor of International Law, University of Florence,

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor of International Law, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, and University of Paris II (Panthéon-Assas),

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor of International Law, University of Macerata,

Mr. Salvatore Zappalà, Professor of International Law, University of Catania, Legal Adviser, Permanent Mission of Italy to the United Nations,

as Counsel and Advocates;

Mr. Giorgio Marrapodi, Minister Plenipotentiary, Head of the Service for Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Guido Carboni, Minister Plenipotentiary, Co-ordinator for the countries of Central and Western Europe, Directorate-General for the European Union, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Roberto Bellelli, Legal Adviser, Embassy of Italy in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Sarah Negro, First Secretary, Embassy of Italy in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Mel Marquis, Professor of Law, European University Institute, Florence,

Ms Francesca De Vittor, International Law Researcher, University of Macerata,

as Advisers.

Le Gouvernement de la République italienne est représenté par :

S. Exc. M. Paolo Pucci di Benisichi, ambassadeur et conseiller d'Etat,

comme agent ;

M. Giacomo Aiello, avocat de l'Etat,

S. Exc. M. Franco Giordano, ambassadeur de la République italienne auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagents ;

M. Luigi Condorelli, professeur de droit international à l'Université de Florence,

M. Pierre-Marie Dupuy, professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales et du développement de Genève et à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas),

M. Paolo Palchetti, professeur associé de droit international à l'Université de Macerata,

M. Salvatore Zappalà, professeur de droit international à l'Université de Catane, conseiller juridique à la mission permanente de l'Italie auprès de l'Organisation des Nations Unies,

comme conseils et avocats ;

M. Giorgio Marrapodi, ministre plénipotentiaire, chef du département juridique du ministère des affaires étrangères,

M. Guido Cerboni, ministre plénipotentiaire, coordinateur pour les pays d'Europe centrale et occidentale à la direction générale de l'Union européenne au ministère des affaires étrangères,

M. Roberto Bellelli, conseiller juridique à l'ambassade d'Italie au Royaume des Pays-Bas,

Mme Sarah Negro, premier secrétaire à l'ambassade d'Italie au Royaume des Pays-Bas,

M. Mel Marquis, professeur de droit à l'Institut universitaire européen de Florence,

Mme Francesca De Vittor, chercheur en droit international à l'Université de Macerata,

comme conseillers.

The Government of the Hellenic Republic is represented by:

Mr. Stelios Perrakis, Professor of International and European Institutions, Panteion University of Athens,

as Agent;

H.E. Mr. Ioannis Economides, Ambassador of the Hellenic Republic to the Kingdom of the Netherlands,

as Deputy-Agent;

Mr. Antonis Bredimas, Professor of International Law, National and Kapodistrian University of Athens,

as Counsel and Advocate;

Ms Maria-Daniella Marouda, Lecturer in International Law, Panteion University of Athens,

as Counsel.

Le Gouvernement de la République hellénique est représenté par :

M. Stelios Perrakis, professeur des institutions internationales et européennes à l'Université Panteion d'Athènes,

comme agent ;

S. Exc. M. Ioannis Economides, ambassadeur de la République hellénique auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agent adjoint ;

M. Antonis Bredimas, professeur de droit international à l'Université nationale et capodistrienne d'Athènes,

comme conseil et avocat ;

Mme Maria-Daniella Marouda, maître de conférences en droit international à l'Université Panteion d'Athènes,

comme conseil.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open. We meet today to hear Italy's second round of oral argument as well as its observations with respect to the subject-matter of Greece's intervention.

I shall now give the floor to the Agent of Italy, Ambassador Giacomo Aiello.

Mr. AIELLO:

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, the proceedings that have unfolded in this matter have confirmed the spirit of sincere co-operation and mutual commitment that bind Italy and Germany together.

2. There is no doubt that Italy and Germany share a profound respect for the human dimension of the tragic events that gave rise to the claims that had to be adjudicated by the Italian Court of Cassation. The Italian Government also shares the objective of safeguarding the principle of State immunity, even though we have sought to explain, in our written and oral pleadings, the reasons why — in light of the exceptional circumstances of the instant case — there is a superior principle, a *jus cogens* norm, that justifies the setting aside of the traditional privilege of immunity.

3. At the same time, the Italian Government recognizes that Germany has accepted full responsibility for the terrible wartime events, and has taken meaningful steps since World War II in order to atone for, and to provide compensation for, the wrongful acts of the defunct Nazi régime.

4. Those efforts deserve praise and stand as a model for the good behaviour of nations. However, this generally positive picture should not obscure the fact that, for some victims of Nazi crimes, justice was never done. The present affair demonstrates that the Treaty of Peace of 1947 and the successive Agreements concluded in Bonn in 1961 were insufficient to address the plight of all victims, including, in particular, unarmed civilians subjected to unspeakable suffering and the former Italian Military Internees, who were reduced to slavery. Those individuals were victims of the most serious breaches of peremptory rules.

5. The Italian Government once again reaffirms, as it did in its introductory intervention, that international agreements remain the optimal instrument for the resolution of problems such as those at issue here, even though, thus far, in relation to the instant case, no solution emerged from bilateral negotiations.

6. In its conclusions, Germany asked the Court to declare that certain decisions taken by the Italian Court of Cassation were contrary to Italy's obligations based on international law, and that, accordingly, the effects of those decisions should be nullified.

7. As will be explained by my colleagues, the actions of the Italian courts did not constitute a violation of international law. This conclusion follows from a line of reasoning that contrasts with the formalistic and backward-looking conceptions embraced by Germany in this case. The Italian Government has instead advocated a more balanced approach which respects classical norms but which at the same time seeks to avoid compromising the useful effect of fundamental principles, in particular those of such paramount importance that modern conceptions of law designate them as *jus cogens* norms: rules that are universally binding and intransgressible. In cases of breach, the obligation to provide reparations is an essential corollary to those rules, and it contributes to their effective enforcement.

8. The Agent of Germany has argued that "all plaintiffs had the option of pursuing their claims before the German Courts and, eventually before the European Court of Human Rights". However, in reality, the actions brought by Italian citizens before the German courts were systematically rejected. The grounds for rejection were either that, by virtue of Article 5 of the London Convention, the requests for compensation had to be stayed; or that Article 7 of the Law of 25 May 1910 — according to which State responsibility for damages caused to third parties by State officials could only apply where explicit international agreements provide for reciprocity; or finally that the claims were precluded by prescription.

9. Professor Dupuy will speak about the *Ferrini* case in more detail. However, I can already note at this point that Mr. Ferrini — prior to launching an action before the Italian courts in 1998 — had already sought compensation in Germany for having been detained at the Kala labour camp near Buchenwald. But his request for compensation was rejected on 1 April 1998 by the *Versorgungsamt*. In light of the futile efforts of Mr. Ferrini to obtain any justice for the crimes committed against him, there is ample room to doubt that war crime victims had adequate access to effective remedies under German law, even for one such as Mr. Ferrini, who was not deterred, as others might have been, by the costs of seeking relief in a foreign jurisdiction.

10. Mr. Ferrini's story is not unlike Kafka's "The Trial", where justice and reason remain elusive, and illusory. The facts of the instant case suggest that, however noble their objectives may be, the institutions created through German initiatives to provide compensation to victims of Nazi war crimes, have proved inadequate to achieve their purpose. Under the circumstances, Mr. Ferrini and the other Italian war crime victims had little choice left to them but to seek relief before the courts of Italy.

11. To its credit, the Italian Court of Cassation did not shy away from this case by taking refuge in formalism and indifference. In acting to avoid what in these proceedings has quite rightly been called a "denial of justice", the Italian court decided *to take the concept of peremptory norms seriously*. We respectfully submit that this Court — which is emphatically a *Court of Justice* — should likewise allow the law to develop in crucial areas such as this, where *jus cogens* plays a central role. This is not a plea to abandon cherished principles, but to recognize that some principles — including principles based on policy considerations — may have to defer to more imperative principles where serious circumstances so demand.

12. With the Court's permission, I will now describe the scheme of Italy's interventions today. First, Professor Luigi Condorelli will discuss the principal aspects of the present case, highlighting both the common ground shared by the Parties and the points on which disagreement remains. Professor Salvatore Zappalà will then address the issue of reparations. Professor Paolo Palchetti will discuss the Distomo case as well as the "tort exception" to State immunity. Following Professor Palchetti, Professor Condorelli will intervene once again, this time to consider the right of individuals to claim reparations. Professor Pierre-Marie Dupuy will then comment on aspects of the conflict that has arisen in this case between *jus cogens* and State immunity. Finally, I will address the Court again to present Italy's formal submissions.

Mr. President, I would now ask you to give the floor to Professor Condorelli.

The PRESIDENT: I thank Ambassador Giacomo Aiello, for his introductory statement. Now I invite Professor Luigi Condorelli to take the floor.

M. CONDORELLI :

OBSERVATIONS SUR LES POINTS D'ACCORD ET DE DÉSACCORD ENTRE LES PARTIES

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, permettez-moi, après les mots introductifs de l'agent de l'Italie, de prendre brièvement la parole une première fois dans ce deuxième tour de plaidoiries — le but principal de ma première intervention étant de vous soumettre quelques considérations qui, je l'espère sincèrement, vous paraîtront utiles, puisqu'elles sont nourries par l'ambition d'aider votre Cour à cerner les questions au sujet desquelles une opposition véritable subsiste entre les points de vue des Parties au présent différend, alors que d'autres questions apparaissent désormais pour ainsi dire dépassées, les débats à leur sujet ne révélant aucune divergence réelle, sauf peut-être sur un plan de pur principe.

2. Tel est le cas, me semble-t-il, pour ce qui est de la question de savoir si votre Cour devrait — comme le demandeur l'avait prétendu dans ses écritures — se lancer dans une sorte d'opération que j'appellerai d'archéologie juridique, afin d'identifier les principes de droit international coutumier à appliquer pour décider si l'Italie a ou non violé de nos jours ses obligations internationales envers l'Allemagne au travers des décisions de la *Corte di Cassazione* et des autres juges italiens qui, à partir de l'arrêt *Ferrini* de 2004, ont refusé d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction lors d'actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la deuxième guerre mondiale : comme votre Cour a pu le noter, le demandeur n'insiste plus (et on le comprend !) sur l'idée plus que discutable suivant laquelle le droit applicable pour apprécier la légalité ou l'illégalité de comportements imputables à l'Italie datant des années 2000 serait le droit international des années quarante.

3. Il est, Monsieur le président, un autre thème plus important à propos duquel on enregistre une opposition qui apparaît désormais clairement de pur principe, mais qui ne traduit plus aucune vraie divergence. Il s'agit de la question de savoir s'il est correct ou non de soutenir, comme nous le faisons de ce côté-ci de la barre, que votre compétence à trancher au fond le présent litige vous impose de vous pencher à titre incident sur le dossier des réparations, à savoir sur la question relative aux manquements ou non par l'Allemagne à l'obligation d'offrir réparation aux victimes

italiennes des crimes perpétrés par les autorités nazies : sinon comment pourriez-vous vous prononcer sur le bien-fondé de l'argument central défendu par l'Italie, d'après lequel c'est justement à cause de ces manquements que les tribunaux italiens s'avèrent légitimés à refuser l'immunité de juridiction ? Certes, le demandeur insiste à prétendre que ce dossier «do[es] not fall within the subject-matter of the present dispute» (pour reprendre les mots prononcés hier par Mme l'ambassadeur Wasum-Rainer)¹. Ce dossier — dit-elle — échapperait donc à la compétence de votre Cour, puisqu'il concerne des faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la convention européenne sur le règlement pacifique des différends. Cependant, cet argument, qui a été jugé par votre Cour comme décisif pour exclure la recevabilité de la demande reconventionnelle présentée en son temps par l'Italie, n'a aucune pertinence s'agissant d'analyser si, oui ou non, la gravité des crimes perpétrés par le III^e Reich et la violation persistante de l'obligation de réparation en faveur des victimes ont une incidence, et laquelle, quant à l'application *in casu* des principes sur l'immunité juridictionnelle des Etats : ceci d'autant plus qu'il est question en l'espèce de la violation d'une obligation à caractère continu, donc d'une illicéité qui dure encore présentement. N'est-ce pas bien étonnant d'entendre Mme l'agent de l'Allemagne affirmer encore à ce stade que le dossier des réparations «do[es] not form part of the present proceedings», alors que le plus gros des débats et des propos que votre Cour a pu entendre tout au long de cette semaine de plaidoiries a été et continue d'être centré essentiellement sur ce dossier et qu'en particulier chacun des plaideurs de la Partie adverse s'est évertué à démontrer qu'aucune violation des obligations en question n'a jamais été commise ?

4. Ceci étant précisé, il me semble utile, Monsieur le président, d'attirer l'attention de la Cour sur ce que j'aimerais appeler la «dimension» du différend qui vous est soumis, sur sa «taille» réelle ou, si l'on préfère, sur son ampleur effective. Quoi de mieux pour ce faire que de se référer à la teneur même des demandes figurant dans la requête introductive d'instance présentée par l'Allemagne et reprises sans la moindre modification depuis lors, y compris dans la dernière intervention d'hier de l'agent du demandeur. Ce que la République fédérale allemande demande à la Cour est de se pencher sur les violations alléguées que l'Italie aurait commises envers

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

l'Allemagne «en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale de septembre 1943 à mai 1945», voire «en déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables». Et encore, ce que l'Allemagne demande ultérieurement est que la Cour intime à l'Italie de prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que ses juridictions s'abstiennent à l'avenir de connaître d'actions intentées contre l'Allemagne toujours à raison de faits du même type et de la même époque.

5. Mesdames et Messieurs les juges, ce sont ces demandes précises, précisément datées et délimitées, que le demandeur vous adresse. Ce sont à ces questions-là qu'il vous prie de répondre, et non pas à des questions d'ordre général portant sur l'ensemble du système international, sur le présent et le futur de ses principes. Certes, c'est à votre sagesse et à votre prudence qu'il incombera de choisir l'ampleur des critères et des raisonnements juridiques que vous allez utiliser pour trancher. C'est à vous de décider si, en rendant justice concernant les demandes bien circonscrites que les Parties vous soumettent, vous allez vous limiter à répondre au cas d'espèce, aux caractéristiques tout à fait particulières, comme le sont ceux *sub judice* dans le présent différend, ou bien si vous allez prendre sur vous la responsabilité de tracer par le biais des motifs de votre futur jugement des chemins d'avenir quant à la manière d'envisager le fonctionnement général des principes de droit international en matière d'immunité des Etats et quant à leur évolution.

6. Ce qui me semble évident, et je suis convaincu que nos débats vous en ont persuadés, est que le différend qu'il vous est demandé de bien vouloir régler se réfère justement à des situations — je le répète — très particulières, ayant des caractéristiques spécifiques qui les rendent à peu près uniques. Je ne vais pas ennuyer la Cour en reprenant encore une fois une à une ces questions, d'autant plus que nos honorables collègues et amis de l'autre côté de la barre nous stigmatisent âprement en nous accusant de répéter sans cesse le même refrain. Laissant donc de côté pour l'heure les deux derniers éléments de ce refrain (sur lesquels les conseils italiens reviendront dans quelques instants, pour répondre aux critiques adressées hier par les conseils de l'autre côté de la barre), je me bornerai à souligner qu'au moins les deux premiers parmi ces éléments ne sont mis aucunement en doute par la Partie demanderesse, bien au contraire : ce que l'Italie ne cesse

d'ailleurs d'apprécier grandement, et je tiens à le déclarer. Je veux parler bien entendu, premièrement, du fait que les actes *jure imperii* des autorités nazies mis en cause devant les juges italiens sont assurément dans tous les cas des actes criminels, qualifiables de crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, ainsi que, deuxièmement, de l'autre élément incontesté concernant le fait que l'Allemagne n'a jamais dénié qu'elle avait à assumer la pleine responsabilité internationale pour les crimes en question. Il me semble donc pouvoir dire qu'aucune objection n'est soulevée du côté de nos amis allemands à ce que la Cour puisse considérer comme acquis ces points, aux fins de ses délibérations.

7. J'ai encore une dernière remarque, Monsieur le président. J'aimerais la relier aux propos que je viens d'évoquer concernant les particularités tout à fait singulières des cas au sujet desquels les juges italiens n'ont pas reconnu l'immunité de juridiction à l'Allemagne. Les brillants orateurs de l'autre côté de la barre vous ont présenté avec un brio extraordinaire un tableau véritablement apocalyptique des conséquences terrifiantes qu'aurait à leur avis votre jugement sur le système international, si dans un raptus de folie destructrice vous décidiez de donner raison à l'Italie. Ils nous ont fait vraiment peur : l'apologue de la maison qui s'écroule parce que des pierres sont extraites des murs, que le professeur Kolb nous a narré, m'a amené à inspecter des yeux avec angoisse les voûtes et les vitraux de cette vénérable grande salle de justice². J'ai eu beaucoup de peine à imaginer quels effets tragiques seraient causés par une décision de votre part concédant que la *Corte di Cassazione* italienne n'a pas violé le droit international en jugeant que M. Ferrini a droit à la réparation pour les violations graves du droit humanitaire qu'il a subies de la part du III^e Reich.

8. Puis-je vous prier, Monsieur le président, de bien vouloir donner maintenant la parole au professeur Zappalà.

The PRESIDENT: I thank Professor Condorelli for his presentation. Now I invite Professor Salvatore Zappalà to take the floor.

² CR 2011/17, p. 60, par. 21 (Kolb).

Mr. ZAPPALÀ:

**THE LACK OF AN APPROPRIATE SETTLEMENT OF REPARATIONS FOR WAR CRIMES
COMMITTED BY THE THIRD REICH AGAINST ITALIAN VICTIMS**

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, Germany presented several arguments yesterday. However, none of these arguments is truly persuasive. In an attempt to create a feeling of disorientation as to the consequences of this case, our distinguished German colleagues ended up disoriented themselves. Instead of addressing the core of the arguments presented by Italy, counsel for Germany addressed their own misrepresentation of those arguments. Resort to this well-known rhetorical and sophistic technique reveals I am afraid *lack of solid legal arguments*.

2. Professor Tomuschat rightly talked about the need for lawyers to make *appropriate distinctions*³. And yet Germany's arguments were a stunning illustration of "the night in which all cows are black". A great confusion of issues and overlaps of levels of argumentation dominates Germany's position in this second round of pleadings. Clearly, counsel for Germany preferred to insist on their catastrophic predictions, with incessant resort to metaphors and fairy-tale scenarios.

3. I cannot follow our distinguished colleagues in their academic exercise of annotating or footnoting Italy's pleadings and written submissions in these proceedings with rhetorical niceties and arguments often devoid of any specific relevance to the dispute. Instead, I would prefer to use the time assigned to me to try to assist the Court, possibly providing some further clarifications on Italy's arguments.

**1. The obligation to make reparations for serious humanitarian law violations
under international law**

4. I will examine only one main issue. The point I will stress is one which, as a result of the hearings of the past days, has now emerged with greater clarity as having passed virtually unchallenged. I refer, in particular, to: the ongoing lack of any settlement of war crimes reparations (war crimes and *not* war damage) between Germany and Italy, with the exclusion of those concerning victims of persecution.

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

5. After four days of hearings, not a single compelling argument has been presented demonstrating that Germany is correct to consider that it has no obligation to make appropriate reparations to Italian victims of egregious breaches of international humanitarian law committed by the Third Reich. Not one! This clarifies why Germany opposed Italy's counter-claim so strongly, instead of reciprocating, on the basis of the good relationship between the two countries, Italy's non-opposition to the exercise of jurisdiction by the Court. Nonetheless, as Professor Condorelli clarified, a discussion of the legal context in which the alleged breach of international law on State immunity by Italian courts took place requires a thorough examination of the issue of the lack of reparations for war crimes victims.

6. As is well known, Germany's arguments are based on two points: (a) there is no obligation of reparation; and (b), in any case, Germany has already made sufficient *ex gratia* reparations. As I will show in a moment, neither of these points is correct, and mere statements to the contrary remain undemonstrated assumptions.

A. Is there an obligation to make reparations for war crimes committed by the Third Reich against Italian victims? The interpretation of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty.

i) The waiver clause did not cover serious IHL violations;

7. Germany's responsibility for war crimes committed by the Third Reich in Italy against Italian victims has never been discharged. Neither Italy nor any other State has ever absolved Germany of this responsibility (nor could they have done so, and I will come back to this aspect in a few minutes to briefly react on a few marginal comments made by Professor Kolb yesterday).

8. Let us deal, first, with the central question: Germany has never complied with its obligations to make reparation to Italian victims of war crimes. As clarified on Tuesday, in the absence of direct compensation to the victims, only an appropriate settlement of this issue between the two States concerned could have resolved the problem of reparations for war crimes, but such an agreement has not been concluded. Nothing said by Germany yesterday provides any indication to the contrary.

9. Germany considers that, on the basis of the waiver clause of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty, all its obligations towards Italy and Italian nationals have been cancelled (for pending and future claims, be it for road accidents or for war crimes, everything merged together in

a confused strategy of oversimplification, mischaracterization and catastrophic predictions, without any *distinction*). Yesterday, Germany's counsel reaffirmed such a position without any real attempt to demonstrate it, and emphasized a few points which only confirm Italy's interpretation of the clause.

10. The starting point of my presentation today must be, once again, the waiver clause and the ongoing German obligation to make reparations. The only argument presented to counter the overwhelming obviousness of the existence of such an obligation is again *mere reliance on a supposedly literal interpretation of the waiver clause* contained in Article 77 (4).

11. "*In claris non fit interpretatio*", said Professor Gattini yesterday. But where is this purported clarity? Germany interprets Article 77 (4) in one way, Italy exactly in the opposite way; and this would seem sufficient to indicate, at least *prima facie* — since I too studied some Latin —, that there is some uncertainty as to the meaning of this clause. Moreover, this uncertainty is confirmed by the practice of the two States, by their negotiations in view of the 1961 Agreements and by the decisions of some courts both in Italy and in Germany — some of which Professor Gattini himself mentioned⁴. Lastly, but conclusively, the Memorandum "*Denkschrift*" of 30 May 1962 of the Federal Government of Germany submitted to the legislative bodies — which Italy has already cited in its Counter-Memorial — states that "differences of opinion about the meaning of that waiver arose between the Federal Republic and Italy"⁵. And this was Germany.

12. Counsel for Germany merely relied on an undemonstrated assumption which does not prove anything. The very specific and detailed arguments Italy provided on Tuesday were not rebutted nor criticized in any meaningful way by Germany. It is as if Germany does not disagree with our interpretation, or in any event it could not find any argument to do so.

13. Had the provision been clear we would not be here today. The only argument which Germany has presented — and it is not a new one — is that Italy was forced to waive all its claims,

⁴See, e.g., CR 2011/20, p. 40, para. 27 (Gattini).

⁵*Drucksache des Deutschen Bundestages* IV/433, at p. 12. See also the Report of the Finance Committee of the Bundestag on the draft of the "Settlement Treaty" of 27 November 1962, *Drucksache des Deutschen Bundestages* IV/759, at p. 1: "differences of opinion about the range of the waiver declared in the 1947 Peace Treaty, and especially about the categories of claims covered by the waiver".

and those of its nationals, because it had been an ally of Germany at the beginning of the Second World War and this was part of the entire peace process after the War; former allies of the Third Reich could not be associated to the reparations⁶. These arguments presented yesterday by our distinguished colleague Professor Tomuschat⁷ highlight the inability of Germany to appreciate the *distinction* between the consequences of State responsibility for violations of *jus ad bellum* — and the notion of “a deliberate sanction imposed on Italy” of which Professor Tomuschat spoke yesterday perfectly fits into this intellectual framework⁸ — and the consequences of State responsibility for violations of *jus in bello*. These are two distinct sets of violations that cannot be assimilated in a confused theory on the overall settlement of all disputes of all kinds for the purpose of achieving peace and security in a global confusion where *no distinction* is made. Reparation for war damage in general must be kept quite distinct from reparation for war crimes.

14. To try to introduce some clarity, and to make some pertinent distinctions, let me refer to a few points Italy has already made in the proceedings; but I will try to do so in the light of yesterday’s pleadings: What are the claims that were waived by Italy by means of the waiver clause? We have shown that the provisions of Article 77 (4) only applied to a variety of *economic* claims which were *outstanding* on 8 May 1945. And Germany did not say a word about the expression “*outstanding claims*”.

15. This can be taken as an indication that Italy’s argument on this point was so persuasive that Germany had to agree with it, and I would respectfully ask the Court to take note of it.

16. However, Germany also presented further elements to support our interpretation. Professor Gattini “scrupulously” recalled that the

“The Italian Government insisted on some claims so that ‘a fairer solution may be reached’. The first claim concerned identifiable property wrongfully removed from Italian territory to Germany; the second claim concerned the opening of credits with the Bank of Italy for the indemnity of occupation, which Germany had imposed on the so-called Italian Social Republic from October 1943 to April 1945; the third claim concerned the debts with Italian public administrations and private firms, which Germany had left unpaid.”⁹

⁶See RG at para. 14.

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

⁸*Ibid.*, p. 26, para. 23.

⁹*Ibid.*, p. 38, para. 20 (Gattini).

17. He then went on to explain that the Allied powers took into account the first claim made by Italy, while they rejected the two other claims¹⁰. Now, this is clear evidence that there were indeed claims that had been presented by Italy to Germany and German nationals, outstanding claims, and that these claims, and only these, were precisely those which would fall under the scope of the waiver clause in Article 77 (4). Not just any claim whatsoever, of any description and nature, present, past, and future, as Germany had originally erroneously indicated. The total lack of arguments to the contrary, as far as the expression “outstanding claims” is concerned, shows that Italy provided the correct interpretation of the limited scope of the clause.

18. The letter of Article 77 (4) of the Peace Treaty of 1947 is very clear. It is so clear for our counterparts that there was no need to explain why it is clear and what it means. Professor Gattini just read the text of the Article, without any further argument. I think that Italy has provided a few more reasons than those Germany has offered to explain why Article 77 (4) does not apply to claims underlying the cases from which the present dispute arose, and Professor Gattini, apart from trying to ridicule our efforts as “hermeneutic finesse”¹¹, has been totally unable to produce a single interpretative argument to support Germany’s view.

19. Moreover, the arguments which Professor Tomuschat has presented — the broad reference to the architecture of post-War Europe — are of no avail to challenge Italy’s interpretation of Article 77 (4). Italy never argued that the peace treaties must be considered invalid. Only if Germany’s theory on the interpretation of Article 77 (4) were correct, which it is not, could such a problem arise. But Germany has failed to demonstrate that claims concerning egregious breaches of international humanitarian law are under the umbrella of the waiver clause. Indeed, many claims are covered by the waiver clause, but not war crimes reparation claims.

20. Italy explained on Tuesday why we consider that claims that were not outstanding on 8 May 1945 cannot fall within the scope of the waiver clause. And we have also shown why claims concerning war crimes *are* outside the scope of Article 77 (4), and we have not heard anything from Germany to the contrary. We thus have to take as established that Article 77 (4) only refers to claims *outstanding as of 8 May 1945*, and that it does not and could not, and should

¹⁰CR 2011/20, p. 38, para. 21 (Gattini).

¹¹*Ibid.*, p. 37, para. 13 (Gattini).

have never been applied to claims filed at a later date; and, in particular, it never applied and it is not applicable to claims relating to serious violations of international humanitarian law.

21. Professor Gattini cited a 1953 decision of the Italian Court of Cassation — a sort of pick and choose from Italian case law — in the so-called *ILVA* case, which recognized the validity of the waiver clause. However, what he did not tell the Court is that the specific case he refers to bears no relevance whatsoever to the present dispute, since it does not refer to war crimes. And Italy in the present dispute has not challenged the waiver clause in general terms but only in so far as it is interpreted as being applicable to war crimes reparation claims.

22. Finally, the Claimant makes a strange reference to the maxim “*in dubio mitius*” — Latin again —, which Italy had not mentioned in its arguments. We fail to see why this principle would pose inter-temporal problems as suggested by Professor Gattini, and we find that this principle, assuming that it is applicable, would only confirm, if need be, Italy’s interpretation, since the principle applied to this clause would imply that the interpretation which imposes the lesser burden on Italy should be preferred — in particular since this is a clause in favour of a third State.

23. Even this last argument gives further strength to the position whereby the only possible interpretation of the waiver clause is that it does not apply to war crimes reparations, and it only applies to economic claims outstanding on 8 May 1945.

(ii) The waiver clause could not cover serious IHL violations

24. For the sake of argument, and to dispel some of Professor Kolb’s doubts, we must also address, although very briefly, one point concerning the reasons why the clause *could not* have covered serious international humanitarian law violations. Italy affirmed that this was impermissible on account of the non-derogable character of liability for serious international humanitarian law violations. Our distinguished colleague referred to a passage from the Pictet Commentary that specifies that this was a “new provision”. However, this expression refers to the novelty of such a provision in conventional law. This provision was merely the *logical consequence* of the unavailability for individuals of a direct remedy to claim reparations as clarified in Tuesday’s pleadings¹².

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

25. Furthermore, if such a provision had been controversial it would have never been adopted so swiftly by States parties to the Geneva Conventions. Anyone who has participated in intergovernmental negotiations knows that States, particularly in the area of State responsibility, hardly ever agree to any commitment that imposes new burdens in terms of their liability and tend to limit themselves to reflecting what they believe are customary law provisions, as is the case for Articles 51, 52, 131, and 148 respectively of Geneva Conventions of 1949, I to IV. The Pictet Commentary does not say in any way that these provisions do not reflect customary law.

26. The notion of non-derogable obligations in the area of international humanitarian law was not at all new during the Second World War, and it did not emerge with the 1949 Geneva Conventions. It was already inherent in the system of responsibility for serious violations of the laws of war; and it was certainly enshrined in the obligations provided for in the 1929 Geneva Convention on prisoners of war, which imposed the obligation to respect *in all circumstances* — Article 82 — the guarantees provided for by the Convention¹³. Remarkably, this was precisely the notion of the precursor of *jus cogens* on which Professor Tomuschat relied when in an expert opinion he declared that the Italian military internees were to be treated for the purpose of compensation under the Foundation scheme as “prisoners of war”¹⁴.

27. In this regard it is worth recalling the reasoning already referred to in Italy’s Counter-Memorial, where we have shown that the notion of non-derogable rules of international law had already developed in the years preceding the Second World War and had assumed a meaningful shape when the war ended. At any rate, proceeding on the merely theoretical hypothesis that the waiver clause covered war crimes, what really matters is not what the law was prior to the war, but how it developed during the war and in its immediate aftermath, and how the law stood when in 1947 the Peace Treaty was concluded. And that principles imposing responsibility for serious violations of the laws of war were intransgressible is at the very heart of the legacy of the Nuremberg and Tokyo tribunals. The superior duties imposed by international

¹³On these issues see L. Condorelli and L. Boisson de Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des Etats de ‘respecter et faire respecter’ le droit international humanitaire ‘en toutes circonstances’”, in Ch. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet*, Nijhoff, 1984, pp. 17 *et seq.*

¹⁴CMI, Ann. 8.

law on individuals, beyond and above the commands of their own national State, are a clear affirmation that there are international principles that States are simply not authorized to set aside. They cannot derogate these principles *ex ante*, they cannot condone responsibility *ex post*.

28. In any case, and I will conclude on this point, Italy clearly affirmed in this dispute that intransgressible principles of international law must display their effects at the level of interpretation — which is an operation performed now and not in the 1940s — and, in case two or more interpretations are possible — which is not the case here, concerning the waiver clause — the provisions of a treaty must be interpreted in the only way which makes them consistent with non-derogable rules; in our case, this means: excluding serious violations of international humanitarian law from the scope of the waiver clause. But even on this point nothing was really said by Germany — apart from exposing some nineteenth century conceptions of international law.

29. As we have shown, there is no doubt that the clause does not refer to war crimes or crimes against humanity. And even Germany's limited comments confirm the restrictive scope of the clause. The textual and contextual, systematic and teleological interpretation of the provision make it crystal clear. All elements point at the same direction. Hence, Germany is still under an ongoing obligation to make appropriate reparation for war crimes committed against Italian victims.

2. Were reparations ever made to Italian victims of war crimes and crimes against humanity?

30. Let us turn now to another *leitmotiv* of Germany's pleadings, which however does not become more convincing simply because it is restated several times. Germany reiterated in this second round of pleadings that it has made enormous reparations¹⁵. However, these statements are always made in very broad and general terms, and never with specific reference to Italian victims of war crimes. On the contrary, when we take a closer look at Germany's oral and written submissions, a different picture emerges.

31. Yesterday, in the introductory statement of the distinguished Agent of Germany, Dr. Susanne Wasum-Rainer, as well as in the pleadings of Professors Tomuschat and Gattini, this

¹⁵See, for all, the introduction by the Agent, Dr. Susanne Wasum-Rainer, CR 2011/20, pp. 11-13, paras. 5-10.

idea of reparations which have been made appears once more. Italy has never denied that Germany has made extensive reparations for several violations of international law, and there was no real need to reiterate this statement, unless this was done for the sole purpose of *hiding reality*.

32. Reparations were made to certain claims by victims of persecution, which nonetheless are outside the scope of the cases underlying the present dispute. Moreover, the number of Italian victims and the amounts of reparation, according to the data provided by Germany yesterday, are not so impressive, considering the magnitude of the crimes perpetrated by the Third Reich in Italy. The distinguished German Agent told us that these reparation measures involved a little less than 5,000 persons, between civilians and military internees, with global reparations for about €2 million (an average of €400 each)¹⁶.

33. In addition, Italy already recognized that the victims of persecution obtained through Italy compensation under the 1961 Agreement. However, as far as the present dispute is concerned, the cases brought before courts in Italy do not involve victims of persecution. It is just *all* the other victims of war crimes that we are discussing here! Here we are talking about the obligation to make reparation for war crimes committed against several thousands of Italian victims that *have not received any reparation, as indirectly admitted by Germany*. In particular, some of them were excluded from the reparation schemes mentioned by Germany on the basis of embarrassing and perhaps erroneous arguments on which Germany appropriately chose total silence in its written submissions as well as in its first and second round of pleadings.

34. This is the issue — this is the issue to which I referred on Tuesday, the issue of the so-called Italian military internees who were denied reparation by Germany on the basis of the expert opinion — mentioned above — of our eminent colleague Professor Tomuschat, who affirmed that, because their status as prisoners of war was non-derogable, they had to be considered for the purpose of the reparation scheme as prisoners of war and thus they had to be refused compensation, since prisoners of war are excluded from that scheme.

35. *Germany never made reparation* on account of its interpretation of the waiver clause and then it also admitted that the measures of reparation granted *ex gratia* in 1961 and the few others

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

mentioned yesterday were *only partial*. Therefore, there is plain and unrestricted recognition of the fact that the rest of the victims — in other words, those who were not victims of persecution, and these represent the vast majority — remained totally unsatisfied.

3. What conclusions can be drawn?

36. Italy's statement that victims of serious international humanitarian law violations received no compensation is nothing but the truth! A truth on which justice must be based. And repeating the same things — Germany has no obligation, Germany paid compensation — ten more times will not multiply the amount of compensation paid or the number of victims that received it. The truth is that (a) the waiver clause did not exempt Germany from the obligation to make reparations to Italian victims of war crimes; and (b) the reparations were never made to the vast majority of these victims.

37. This does not mean that Germany and German people must be blamed or punished for this — the fact that counsel for Germany again uses this argument shows the lack of any capacity *to distinguish*. Reparations for war crimes are not to be seen as punitive damages. There is no special punishment, there is no stigmatization for crimes of States (since that terminology was abandoned). The obligation to make appropriate reparation for war crimes is simply one of the consequences of State responsibility for egregious breaches of international humanitarian law which must be discharged, also as a form of solidarity towards the victims and to strengthen respect for international humanitarian rules. There is not a single element of this reasoning which involves any animosity towards Germany, let alone towards the German people, for whom Italy has sentiments of profound friendship.

4. Conclusions

38. Mr. President, this brings me to my final remarks. Greece in its intervention has made abundant reference to the new trends that are developing in international law, the new notions which give flesh to the protection of the human being as opposed to State sovereignty, the renewed notion of State sovereignty not only as a prerogative, but also as a responsibility of States to care for individuals under their jurisdiction and to protect them from war crimes, crimes against humanity, and genocide. Greece has illustrated the relevance of human rights and the process of

humanization of international law. We do sympathize with these arguments, and share many of them. However, for the purpose of the present case we would like to emphasize that we are in the presence of strong, well-established legal notions which were affirmed already at the end of the Second World War by the entire process of stigmatization of an entire set of egregious breaches of human rights and humanitarian law. This body of laws and principles, of which State responsibility is the most obvious one, must be applied. State responsibility for serious violations of international humanitarian law goes back to the beginning of the twentieth century, and the non-derogable character of any liability ensuing from violations was codified in the 1940s. Recent developments confirm the importance of protecting humanitarian needs and display a fundamental interpretative role, but this case is about old solid treaty and customary law which must be simply complied with. It is a case about protracted non-compliance with clear obligations of reparation and underscores the need for States to settle the accounts of the past through well-pondered agreements taking into account the rights of victims.

39. Let me conclude by simply recalling that: *(a)* the Third Reich violated fundamental rules of international humanitarian law; *(b)* Germany has assumed responsibility; *(c)* Germany has admitted that it has made only partial reparations to certain categories of victims. Germany refused or minimized compensation for thousands of Italian victims, who meanwhile filed claims before domestic courts; and *(d)* domestic courts were thus faced with a judicial dilemma on which my colleague Professor Dupuy will further elaborate.

40. If immunity is to be seen as a device allowing contentious claims to be settled at the appropriate level through inter-State negotiations, in this specific case where Italy and Germany find themselves in opposition, the result of the refusal of national courts to accept the plea of immunity has been instrumental in bringing the “complex matter” at the appropriate inter-State level. This Court, the principal judicial organ of the United Nations, is certainly the appropriate venue to indicate to the Parties paths along which their dispute can be settled.

41. Mr. President, this terminates my segment of Italy’s pleadings, and I would respectfully ask you to give the floor to my colleague Professor Palchetti. Thank you.

The PRESIDENT: I thank Professor Salvatore Zappalà for his presentation and I invite Professor Paolo Palchetti to take the floor.

Mr. PALCHETTI:

THE RECOGNITION OF THE *DISTOMO* JUDGMENT AND THE TORT EXCEPTION

Mr. President, Members of the Court, in this second round of oral pleadings I will address two issues. I will first deal with Germany's third submission concerning the recognition of the *Distomo* judgment by Italian courts. I will then respond to certain remarks made by Germany with regard to the applicability of the tort exception in the present case.

1. The recognition of the *Distomo* judgment by Italian courts

1. The question raised in relation to Germany's third submission is relatively straightforward. Germany asks the Court to rule that, by making the Greek judgment enforceable in Italy, Italy committed an internationally wrongful act. For its part, Italy submits that Germany cannot claim immunity from the proceeding brought in Italy to give effect to the judgment rendered in the *Distomo* case since Germany did not enjoy immunity with respect to the Greek proceeding that gave rise to that judgment. In the end, the question before the Court is whether Italian courts were right to consider that, under the current rules of international law, Germany could not claim immunity from jurisdiction in regard to the claims of reparation brought against it before Greek courts by the victims of the *Distomo* massacre. Before addressing this question, let me spend a few words on the view expressed by Germany that the recognition of the *Distomo* judgment would only be a consequence of the *forum shopping* generated by the *Ferrini* jurisprudence. To put it simply: the recognition of the Greek judgment has nothing to do with *forum shopping*. International law does not exclude the possibility that a judgment rendered against a foreign State is recognized as enforceable by the courts of a third State. In this respect, the recognition of the Greek judgment is simply a consequence of the fact that — to use the words of Lord Mance in the United Kingdom Supreme Court's judgment in *NML v. Argentina* — “no principle of international law renders

state A immune from proceedings brought in state B to enforce a judgment given against it in state C”¹⁷.

2. After the written declaration of 3 August 2011 and the oral intervention made by Greece on Wednesday, the factual and legal elements characterizing the *Distomo* case have been made clear to the Court and to the Parties. The case concerned claims of compensation for acts committed by Nazi Germany entirely on Greek territory. These acts manifestly amounted to war crimes. Under these circumstances, there was no obligation to accord jurisdictional immunity to Germany since, for the reasons already indicated with respect to the crimes committed in Italy, the tort exception to immunity applies. This is precisely the ground upon which the Greek *Areios Pagos* relied in order to justify denying immunity to Germany.

3. In its written pleading and oral presentation, Greece referred to the fact that the victims attempted to obtain the enforcement of the judgment before the German courts¹⁸. It also observed that Greece and Germany were not able to reach an agreement on the question of reparation¹⁹.

4. In the light of these circumstances, Italy submits that there was no obligation to accord jurisdictional immunity to Germany with regard to the proceeding instituted by the victims of the massacre of Distomo. For this reason, Italy asks the Court to reject Germany’s third submission.

2. The tort exception

5. I turn now to the question of the applicability of the tort exception in the present case. As regards Article 12 of the New York Convention, Germany has many doubts but only one strong position. Germany doubts that Article 12 reflects customary law; it doubts that the tort exception applies to *acta jure imperii*; and, as it claimed yesterday for the first time, it also doubts that the tort exception applies to cases where the tort has not been committed entirely on the territory of the forum State²⁰. With respect to this last doubt, let me simply observe that the deportation of Italian Military Internees from Italian territory was in itself an international crime and that this crime took

¹⁷*NML Capital Limited (Appellant) v. Republic of Argentina (Respondent)*, 2011, UKSC, 31, http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0040_Judgment.pdf, para. 91.

¹⁸Written Statement of Greece (WSG), para. 11; CR 2011/19, p. 13, para. 15 (Perrakis).

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

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

place entirely on Italian territory. But apart from this, Italy is convinced that the reference to the work of the International Law Commission and to the elements of practice examined in the course of the present proceeding is sufficient to dispose of Germany's doubts. Therefore I will concentrate on the only issue on which Germany appears to have a strong position, namely, the issue of whether the tort exception applies to torts committed in the context of an armed conflict.

6. When considering yesterday's reply by Germany, there is a fact which is quite striking. During the first round of oral pleadings I referred to the laws of no less than seven States, which provide for the tort clause without contemplating any exception with respect to its application to acts committed in the context of an armed conflict. Not a single word of comment has come from the German side on this significant practice. Germany preferred instead to concentrate its effort on demonstrating how outrageous was the argument I presented on Tuesday with regard to the significance to be attached to Article 31 of the European Convention on State Immunity²¹. Sincerely, I did not intend to be outrageous. The point I made was very simple: Article 31 is a "without prejudice" clause; as such it does not confer any immunity on a foreign State; and the reason why this clause was inserted is because the question of immunity in connection with military activities is usually dealt with by special agreements. Let me add this. The International Law Commission also addressed the question of the importance to be assigned to treaties providing for special régimes of immunities in connection with military activities. As I mentioned on Tuesday, the solution to which the Commission resorted was to insert in Article 12 an opening paragraph in order to clarify that the application of the tort exception is subject to existing international agreements. The idea was that, if there is an agreement providing for a special régime of immunity — and the agreements the Commission had in mind were primarily status of forces agreements — then the tort exception may not apply; otherwise, it applies.

7. In these oral proceedings as well as in its written pleadings, Germany referred to a number of judgments to support its view that the tort exception does not apply to claims arising out of acts committed in the context of an armed conflict. I will devote the remaining part of my pleading to examining these elements of practice. This will allow me to show that Germany's position on this

²¹CR 2011/20, p. 33, paras. 8 *et seq.* (Gattini).

issue by no means relies on solid grounds. I will only examine those judgments referred to by Germany which may be regarded as relevant for the purposes of determining the scope of application of the tort exception. Therefore I will not refer to judgments, such as the one in the *Jones* case, which concerned torts committed outside the territory of the forum State, or judgments, such as in the *Bucheron* case, where the question of the application of the tort exception was not addressed by the domestic court.

8. On the first round of oral pleadings, Germany mentioned the judgment of a criminal chamber of the Italian *Corte di Cassazione* in the *Lozano* case²². Clearly, in this case the application of the tort exception was not at issue since the case concerned the criminal responsibility of a US soldier for acts committed in Iraq. This judgment has attracted the attention of Germany because, at a certain point, the Chamber, for no apparent reason, observed that the New York Convention does not apply to the activities of the armed forces and that therefore the question of immunity enjoyed by a State for acts of its armed forces must be assessed exclusively in the light of the rules of customary international law. For the reasons already explained, Italy is convinced that this interpretation as to the scope of the New York Convention is wrong and will certainly not change its mind because of this *obiter dictum*, which clearly deviates from the position held on this issue by the *Corte di Cassazione*. But, for the purposes of the present analysis, it suffices to note that the *Lozano* judgment does not take a position on the question of whether, under customary international law, the tort exception applies with respect to claims arising as a result of the activities of armed forces.

9. In its written pleadings, Germany also mentioned another judgment of the *Corte di Cassazione*, which was rendered in 2000 in the *Cermis* case²³. The case concerned military training flights conducted by the United States on the Italian territory. The *Corte di Cassazione* recognized the immunity of the United States on the basis of the fact that these military training flights were *acta jure imperii* and, as such, they were covered by immunity. However, this judgment is hardly pertinent as a precedent. The applicability of the tort exception was not at issue

²²Italian Court of Cassation (Criminal Division), *Lozano v. Italy*, Judgment of 24 July 2008, case No. 31171/2008; *ILDC* 1085 (IT 2008).

²³MG, pp. 50-51, para. 82. For the text of the judgment, see MG, Ann. 33.

in this case; and it could not have been. The claimants were not seeking pecuniary compensation for physical injury or damage to tangible property; they were asking the Court to order the United States to cease the flight of fighter aircraft over a portion of Italian territory. Clearly, the tort exception does not cover these kind of claims.

10. The judgment of the European Court of Human Rights in the *McElhinney* case is certainly more pertinent but it does not say what Germany would like it to say. You do not find in the text of the judgment a statement indicating that, according to the European Court of Human Rights, Ireland was under an *obligation* to grant immunity to the United Kingdom. The European Court took a very cautious approach. It said: “Certainly, it cannot be said that Ireland is alone in holding that immunity attaches to suits in respect of such torts committed by *acta jure imperii* or that, in affording this immunity, Ireland falls outside any currently accepted international standards.”²⁴

Mr. President, the proposition that “Ireland is not alone” does not mean that there is a broad support in favour of the recognition of immunity in these kind of cases; and the statement that, in affording immunity, “Ireland did not fall outside any currently accepted international standards” does not mean that Ireland had an *obligation* to accord immunity. The only point made by the Court was that, by according immunity to the United Kingdom, Ireland was not acting inconsistently with international law. But, I repeat, there is no reference to a *duty* to accord immunity.

11. Germany also attempted to attach importance to the fact that it is hard to find judgments of domestic courts recognizing, on the basis of the tort exception, the admissibility of claims of reparations arising out of torts committed in situations of armed conflict²⁵. However, the fact that individuals have rarely addressed this kind of claims to domestic courts, in itself, is immaterial for the purposes of assessing the scope of the tort exception.

12. In its written pleadings Germany referred to the United States Supreme Court judgment in *Argentine Republic v. Amerada Hess* in order to demonstrate that, in those States — such as the United States — in which the tort exception is provided by statute, this exception has never been

²⁴ECHR, *McElhinney v. Ireland and UK*, No. 31253/96, 21 Nov. 2001, para. 38.

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

intended to apply with respect to claims for torts committed during an armed conflict²⁶. However, contrary to what Germany appears to suggest, in order to justify the recognition of immunity to Argentina the Supreme Court did not rely on the fact that the claims for compensation addressed to it related to an armed conflict. In fact, it did not even mention this element as a ground for denying jurisdiction over the respondent foreign State. The Supreme Court found that Argentina enjoyed immunity because the injury to the claimants' ship occurred outside the territory of the United States²⁷. Significantly, in other cases concerning claims for compensation arising from torts committed in the context of an armed conflict, United States courts, while denying jurisdiction, have never relied on the argument that a State is always entitled to immunity for acts of its armed forces²⁸.

13. The view that domestic laws providing for a tort exception must be interpreted as not covering claims arising from armed conflict appears to be contradicted by the judgment of the Supreme Court of Canada in *Schreiber v. Attorney-General of Canada and Germany*. While this case did not concern claims arising from an armed conflict, the Supreme Court hinted at the possibility that the tort exception applies to claims for redress arising from grave breaches of international humanitarian law. In particular, the Court dismissed an interpretation of the Canadian State Immunity Act to the effect that the tort exception does not apply with regard to *acta jure imperii* since it found that such an interpretation "would deprive the victims of the worst breaches of basic rights of any possibility of redress in national courts". What is important to note here is that, in order to support its interpretation of a tort exception, the Supreme Court referred to "recent trends in the development of international humanitarian law" enlarging the possibility of redress before domestic courts in cases of international crime. According to the Supreme Court, a restrictive interpretation of a tort exception "would jeopardize at least in Canada a potentially important progress in the protection of the rights of a person"²⁹.

²⁶MG, p. 47, para. 76.

²⁷488 US 428, at 439.

²⁸See, for instance, United States Court of Appeals, *Princz v. Federal Republic of Germany* (ILR, Vol. 103, p. 594).

²⁹Canada, Supreme Court, *Schreiber v. Attorney-General of Canada and Germany*, 12 Sep. 2002, ILDC, 60 (CA 2002), para. 37.

14. Among all the instances of practice referred to by the Applicant, one of the few precedents really supporting Germany's view is the judgment of the Polish Supreme Court in the *Natoniewski* case³⁰. However, the plain language of this judgment makes clear that the view expressed by the Polish Supreme Court on the application of a tort exception with respect to situations of armed conflict is not based on an analysis of the pertinent State practice. The judgment refers to Article 31 of the Basel Convention but, as we have seen, this provision simply contains a "without prejudice" clause. It also refers to the fact that, in its Commentary on the Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States, the International Law Commission had excluded that the tort exception applies in situations of armed conflict. But again, for the reasons stated in our written pleadings, the relevance of this element is questionable, the more so since the International Law Commission itself did not indicate any instance of practice to support its view. Finally, the Supreme Court referred to a number of judgments which can hardly be regarded as pertinent since the tort exception was not at issue in these cases. In the end, to support its conclusion as to the non-applicability of a tort exception in situations of armed conflict, the Polish Supreme Court appears to rely essentially on a postulate — the very one on which Germany's argument relies — namely, that material claims resulting from acts of war must be regulated exclusively at the inter-State level by peace treaties.

15. Since I am addressing the *Natoniewski* case, allow me to make an observation which does not strictly pertain to the question of the scope of a tort exception but which highlights an important difference between the case before the Polish Supreme Court and the cases brought before Italian courts. Almost at the end of its judgment the Polish Supreme Court observed that the recognition of immunity to Germany could not be considered as an inadmissible restriction of the right to judicial access since the claimant had alternative means available to protect his right, namely by resorting to the courts of the wrongdoing State³¹. The point made by the Polish judge is clear: the removal of immunity is not justified when there are alternative means available to obtain some form of redress. The same observation may be found in the judgments of other courts — for

³⁰Germany's Comments on the Greek Declaration of 3 Aug. 2011, Ann. 5.

³¹*Ibid.*, p. 22

instance in the judgment of the European Court of Human Rights in the *McElhinney* case³². As regards the cases brought before Italian courts, the position of the claimants was completely different. They had no other means available to obtain redress for the grave breaches of peremptory rules of which they were victims.

16. Mr. President, at the end of this analysis of the different elements of State practice, the only indication which can be drawn with relative certainty is that Germany's argument does not find support in State practice. Simply stated, there is no evidence supporting the view that there is a broad agreement among States as to the non-applicability of the tort exception in situations of armed conflict. To the contrary, the picture which emerges is largely ill-defined. The legislation of a significant number of States recognizes the jurisdiction of domestic judges over acts taken by a foreign State on their territory, without providing any restriction with respect to armed conflict. On the other hand, certain isolated judgments exclude the applicability of the tort exception in cases relating to claims arising out of situations of armed conflict. In general, however, the case law is scant. In short, there is no uniform State practice on this issue.

17. And it is precisely because there is no uniform State practice that it becomes important not to lose sight of the fact that in the present case the torts at issue are not ordinary torts but grave breaches of peremptory rules. In a separate opinion appended to this Court's judgment in the *Congo v. Rwanda* case, Judge *ad hoc* Dugard observed that, when there are competing principles, State practice and precedents, preference should be given to the solution which gives effect to a norm of *jus cogens* (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment; separate opinion of Judge ad hoc Dugard, I.C.J. Reports 2006, p. 90, para. 12*). With regard to the question at issue in the present case, the absence of a uniform and consistent practice indicates that, at least in cases of grave breaches of peremptory rules, a State is under no duty to accord jurisdictional immunity to the wrongdoing State for acts committed, in whole or in part, on its territory, even if these acts relate to a situation of armed conflict. For all these reasons, Germany's

³²Para. 39.

argument concerning the non-applicability of the tort exception in the present case must be rejected.

This concludes my presentation. Mr. President, Members of the Court, thank you again for your kind attention. I would ask the President to give the floor to Professor Dupuy, perhaps after the break.

The PRESIDENT: I thank Professor Paolo Palchetti for his presentation. Indeed, it seems an appropriate moment that the Court has a short recess for a coffee break of 15 minutes, so the Court will resume its session at 4.10 p.m. The sitting is adjourned.

The Court adjourned from 3.50 to 4.10 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Now the Court resumes its session. It is my understanding that — according to the order of the speakers that has been submitted to me — the next speaker is Professor Luigi Condorelli. If I am not mistaken, I give the floor to Professor Condorelli.

M. CONDORELLI :

**A PROPOS DU DROIT A LA RÉPARATION DES VICTIMES D'INFRACTIONS
GRAVES AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE**

Merci, Monsieur le président. Je vous remercie de votre autorisation à revenir à la barre une seconde fois cet après-midi.

1. Je le fais parce qu'il semble nécessaire au défendeur d'offrir des éléments de réponse à une objection que les conseils allemands sans exception ont fait valoir en des termes à peu près identiques, reprenant d'ailleurs des remarques qui figurent comme une sorte de leitmotiv tout au long des écritures du demandeur. A titre d'exemple, hier le professeur Tomuschat s'en prenait en même temps à mon collègue Salvatore Zappalà et à l'agent de la Grèce, le professeur Perrakis, concernant la question du droit individuel à la réparation pour les violations du droit international humanitaire. La thèse soutenue du côté allemand peut être résumée en quelques mots : il est admis — il est d'ailleurs indiscutable — que le droit international impose aux Etats une obligation de réparation pour ce qui est des violations du droit international humanitaire ; il est admis que cette

obligation est un élément essentiel du régime juridique «intransgressible» établi pour les infractions graves. Cependant, on fait valoir qu'il s'agit d'une obligation d'Etat à Etat, laquelle ne saurait être entendue comme engendrant un droit de l'individu à obtenir la réparation. En l'absence d'un droit de l'individu à la réparation, celui-ci n'aurait — nous dit-on — aucun titre juridique fondé sur le droit international à faire valoir devant quelque juge que ce soit, y compris bien entendu le juge interne.

2. Mesdames et Messieurs les juges, celui que je viens d'évoquer est un thème faisant l'objet d'une littérature immense, d'une jurisprudence tant interne qu'internationale très copieuse, de travaux d'importance de sociétés savantes, de prises de position très connues d'organes d'organisations internationales, telle l'Assemblée générale des Nations Unies : l'agent de la Grèce mercredi dernier a offert beaucoup d'informations à ce sujet. Il va de soi qu'il n'est pas question ici de revenir en profondeur sur ce thème, que j'évoque exclusivement aux fins de formuler quelques observations fort rapides, dont le but est de mettre au clair pourquoi la question d'établir si le droit à la réparation peut être défini ou non comme un droit de l'individu au plan international n'a pas une incidence décisive aux fins du règlement du différend qui vous est soumis. Je passe sur un aspect qui est pourtant à signaler : la question de décider si un individu est ou non le titulaire du droit qu'il invoque lorsqu'il se trouve devant le juge est de toute évidence une question de fond, dont le règlement ne peut intervenir de la part du juge saisi qu'une fois que celui-ci aura vérifié d'être en mesure d'exercer sa juridiction à l'égard du cas qui lui est soumis.

3. Mardi dernier, le professeur Zappalà a fait valoir que la question vraiment pertinente dans notre affaire n'est pas celle de savoir si l'on peut vraiment parler d'un droit de l'individu à la réparation qui serait reconnu en tant que tel sur le plan du droit international : ce qui compte est reconnaître que des infractions graves dont l'Allemagne assume incontestablement la responsabilité ont bien été perpétrées, et que cette responsabilité comporte l'obligation d'accorder la réparation appropriée aux victimes. S'il est vrai, comme on le sait bien désormais, que les victimes n'ont pas reçu la réparation qui était due en droit, il est alors vrai aussi que l'Allemagne a violé ses obligations internationales et il apparaît en conséquence logique de penser que l'individu doit pouvoir utiliser les voies de droit qui lui sont ouvertes afin d'obtenir réparation. Bien entendu, c'est dans ce contexte que se pose la question de savoir si les voies de droit existant au niveau des

droits internes peuvent ou non être utilisées, ou si les principes de droit international en matière d'immunité juridictionnelle des Etats y font obstacle : mais, on le voit bien, la question de l'immunité ne saurait être confondue avec celle de la titularité du droit à la réparation.

4. Qu'il me soit permis d'approfondir quelque peu le discours, dans les limites très serrées du temps dont je dispose. Il vaut la peine de mettre l'accent sur un point essentiel. Les principes les mieux établis du droit international prescrivent bien que l'obligation de réparation pesant sur un Etat, lorsqu'il est question de préjudices infligés à des individus, comporte le cas échéant «l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées» : c'est ainsi que s'est exprimée votre Cour dans l'avis de 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, en se référant d'ailleurs à des violations du droit humanitaire en particulier. Ce faisant, votre Cour n'a pas du tout affirmé un principe nouveau relevant de la plus récente des évolutions du droit international, comme on le prétend du côté allemand³³ : la preuve en est que l'affirmation contenue dans votre avis consultatif de 2004 que je viens de citer prend explicitement appui sur le célèbre passage de l'arrêt de 1928 de votre devancière, la Cour permanente de Justice internationale, en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*³⁴. Un passage qui — comme chacun le sait — est un véritable *locus classicus* du droit international.

5. Peut-on affirmer que, puisqu'il y a indiscutablement obligation de l'Etat de réparer les préjudices causés aux individus victimes de violations du droit humanitaire, il est parfaitement concevable d'affirmer que ceci implique finalement la reconnaissance que la victime a le droit d'obtenir la réparation que les normes internationales imposent à l'Etat responsable de lui accorder ? Je ne vais pas m'aventurer plus loin sur ce chemin, d'autant plus que la réponse à cette question n'est pas indispensable aux fins du règlement du présent différend. J'aimerais cependant soumettre une seule remarque à ce sujet. Nous connaissons tous deux importants arrêts récents de votre Cour dans lesquels vous avez mis en évidence que des normes de droit international d'un type tout à fait classique, en matière de relations consulaires, doivent être interprétées comme donnant naissance, non seulement à des droits et obligations d'Etat à Etat, mais également à des droits

³³ GR, par. 43.

³⁴ *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47.*

d'individus. Je me demande si des enseignements que votre Cour nous a donnés dans ses arrêts *LaGrand* et *Avena* il ne conviendrait pas de tirer des suggestions fort pertinentes quant à la meilleure manière de concevoir la signification des normes internationales prescrivant l'obligation de réparer les préjudices causés par l'Etat à des individus victimes de violations des normes du droit international humanitaire relatives aux infractions graves. Je rappelle d'ailleurs que dans les deux arrêts de votre Cour que je viens de citer, vous avez reconnu le droit de l'individu à l'assistance consulaire même si les normes internationales pertinentes n'ouvrent à l'individu en question aucun accès à des mécanismes internationaux lui permettant de faire valoir son droit au plan international.

6. Mais il est temps de songer maintenant à la question de savoir s'il est concevable que le principe de droit international prescrivant à l'Etat responsable d'infractions graves l'obligation d'offrir réparation aux victimes de telles violations peut être mis en œuvre au niveau du droit interne : c'est de cela qu'il est question finalement, c'est cela qu'ont entendu faire les juges italiens à partir de l'arrêt *Ferrini* de 2004. Doit-on vraiment considérer qu'en se conduisant de la sorte la Cour de cassation italienne a agi de façon internationalement illicite parce que le principe pertinent du droit international n'est pas *self-executing*, ainsi que bon nombre d'experts et de juges (y compris la Cour européenne des droits de l'homme) le soutiennent ? Mais le juge italien doit appliquer le droit international général : c'est la Constitution italienne qui le lui prescrit à l'article 10, premier alinéa. Comment peut-on prétendre qu'il viole le droit international alors qu'il ne fait que s'y conformer en le mettant en œuvre ? Le fait que la norme en question n'est pas en soi *self-executing* ne signifie certainement pas qu'elle n'est pas en vigueur et qu'elle ne lie pas ses destinataires. En l'exécutant grâce à la présence de principes et règles de droit interne qui confèrent à l'individu concerné la possibilité de demander aux tribunaux nationaux la mise en œuvre de la norme internationale, le juge italien ne met pas l'ordre juridique italien en contradiction avec le droit international, mais au contraire il contribue à mettre les deux en harmonie.

Voilà, Monsieur le président, les dernières observations que je souhaitais soumettre à votre Cour. En vous remerciant vivement de votre attention, Mesdames et Messieurs les juges, je vous prie, Monsieur le président, de bien vouloir donner la parole au professeur Dupuy.

The PRESIDENT: I thank Professor Luigi Condorelli for his presentation. Now I invite Professor Pierre-Marie Dupuy to take the floor.

M. DUPUY :

**LE «CONFLIT LATENT» ENTRE LES NORMES DE DROIT APPLICABLE
ET LA QUESTION DE LA LICÉITÉ DE LA DÉMARCHE DU JUGE
INTERNE AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL**

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, au cours des deux tours des plaidoiries délivrées devant vous par nos amis de l'autre côté de la barre, deux traits en particulier ont frappé les membres de la délégation italienne. Il s'agit à la fois d'une présence angoissée et d'une absence troublante ; la présence, c'est celle du «*jus cogens*» dont il n'est sans doute pas exagéré de dire que son évocation nous a paru dénoter une anxiété véritable, particulièrement manifeste chez l'un des conseils adverses.

2. L'absence, quant à elle, affecte au contraire l'ensemble de nos contradicteurs : absolument aucun d'entre eux n'a cru devoir revenir sur un constat normatif de première importance, pourtant dressé il y a peu par un aréopage d'experts particulièrement avertis : celui de l'existence avérée d'un *conflit latent*, en droit international positif, entre les règles relatives à l'immunité de juridiction des Etats, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part.

3. Avant de réexaminer de façon plus approfondie ce second aspect, je voudrais revenir sur le premier. A propos du *jus cogens*, le professeur Kolb a cru devoir évoquer, je le cite, «l'hydre toujours menaçante et grimaçante de l'unilatéralisme» ou les dangers d'un «effondrement» du droit qui pourrait résulter de son invocation³⁵, catastrophe d'ailleurs illustrée par la narration d'un conte pour enfants.

4. Il soulignait aussi l'effet dévastateur de l'invocation des droits de l'homme selon la primauté — qualifiée par lui de «primaire» — ayant inspiré la Cour de cassation italienne³⁶, démarche susceptible selon lui d'engendrer la déroute de pans entiers du droit international, y compris le sacro-saint principe *pacta sunt servanda*³⁷. A peine cette description apocalyptique

³⁵ CR 2011/17, p. 51, respectivement par. 4 et 5 (Kolb).

³⁶ *Ibid.*, par. 5.

³⁷ *Ibid.*

était-elle adoucie par l'évocation, mais ô combien furtive, du chant d'un coucou venu de la forêt voisine pour annoncer je ne sais quel printemps³⁸.

5. Pourtant, Mesdames et Messieurs de la Cour, vous n'avez pas hésité, vous-mêmes, à invoquer l'existence du droit impératif dans votre arrêt de 2006 relatif aux *Activités armées sur le territoire du Congo*³⁹ ; le *jus cogens* ne mérite ni cet excès d'honneurs ni cette indignité dans lesquels veut le tenir M. Kolb. Le *jus cogens*, c'est non seulement du droit positif, mais c'est aussi un droit qui ne tombe pas plus du ciel qu'il ne remonte de l'enfer. Le *jus cogens* procède, comme les autres, du consentement des Etats. Il suffit pour s'en convaincre de lire le très célèbre article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités selon lequel «une norme impérative du droit international général est une norme *acceptée et reconnue* par la communauté internationale des Etats dans son ensemble» (les italiques sont de nous). Et c'est précisément son existence qui fait obligation au juge, lorsque son invocation est du moins justifiée, d'en tirer les conséquences appropriées.

6. Ceci dit, s'il est exact que l'existence du *jus cogens* a joué un rôle déterminant dans l'établissement de la jurisprudence de la Cour de cassation italienne, tout n'est pas nécessairement ramené à lui dans notre affaire. J'en avais déjà fait mention à propos de la règle codifiée à l'article 16 du projet de la CDI sur le droit de la responsabilité⁴⁰, dont l'application n'est pas subordonnée à la violation d'une norme impérative ; il n'en va pas différemment de l'existence d'un *droit individuel* telle que relevée par votre jurisprudence dans les affaires *LaGrand* et *Avena*. Et la même observation peut d'ailleurs s'effectuer, du moins pour une part, à propos précisément du «conflit normatif latent» dont nous avons déjà remarqué l'absence de toute mention dans les plaidoiries allemandes.

7. Cette lacune est cependant trop fondamentale, Monsieur le président, pour que l'on ne lui consacre pas la suite des développements de la présente plaidoirie. Je le ferai en revenant, en deux temps, d'abord sur l'existence de ce conflit, ensuite sur les conséquences qui en résultent pour le

³⁸ CR 2011/17, p. 54, par. 8.

³⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, par. 64.*

⁴⁰ CR 2011/18, p. 57, par. 16.

juge interne saisi d'une requête mettant en cause un Etat étranger. Je conclurai ensuite brièvement par quelques remarques sur la fonction de la Cour dans la présente affaire.

1. L'existence avérée d'un conflit latent

8. Tout au long de ses plaidoiries, l'Allemagne insiste sur le fait que la Cour de cassation serait restée dans un splendide isolement, seule au monde à avoir osé poser la question de savoir si et dans quelle mesure l'on pouvait concilier la reconnaissance du maintien de l'immunité de juridiction avec la nécessité de réparer les conséquences des crimes internationaux. Nos distingués contradicteurs ont ainsi inlassablement affirmé le primat d'une sorte de règle de procédure absolue à l'égard de toute norme primaire, fût-elle impérative. Pas de conflit, donc pas de problème !

9. Pourtant, l'existence de ce conflit est bel et bien avérée par les travaux et les discussions qui ont eu lieu entre 2003 et 2009 entre les membres de l'Institut de droit international comme par la résolution finalement adoptée à une large majorité, ainsi que l'a très bien décrit l'un de ses membres, le professeur Jean Salmon⁴¹.

10. Alors, on peut, bien entendu, remettre en cause l'autorité de cette société savante ; on est libre de la condamner pour avoir osé conclure que «la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales est un des moyens d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective»⁴². On est libre de considérer qu'une telle déclaration désigne ce très respectable groupe d'experts comme un quarteron de manieurs irresponsables d'une dynamite normative. Evidemment, au cas où tel serait l'avis de nos amis allemands, on comprendrait qu'ils aient au cours de ces audiences maintenu à l'égard de sa résolution de Naples un silence prudent, plusieurs des membres les plus éminents de ce groupe subversif se trouvent en effet parmi nous dans cette salle et, en particulier, au sein de votre Cour !

⁴¹ J. Salmon, «La résolution de Naples de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux» (10 septembre 2009), dans *Revue belge de droit international*, 2009, p. 316 et suiv., spéc., p. 331 et suiv.

⁴² Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, rapporteur : Lady Fox, *Annuaire de l'Institut de droit international* — Session de Naples, vol. 73, 2009, p. 228.

11. Pour sa part, l'Italie n'a aucune peine à approuver les termes de la résolution adoptée en 2009, notamment lorsqu'elle dit : «conformément au droit international conventionnel et coutumier, les Etats ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux»⁴³.

12. On doit également se ranger à l'avis de M. von Hoffmann lorsqu'il constatait en séance plénière que, selon lui : «The traditional understanding was that immunity prevailed over human rights, but that today, a consensus was emerging that in cases of international crimes, the protection of human rights had to prevail.»⁴⁴ C'est au demeurant à la suite de cette constatation⁴⁵, partagée par le plus grand nombre, que le texte initial, réduit à l'essentiel, fut alors déplacé dans le préambule dans la formulation approuvée par l'Institut pour constater «le conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part»⁴⁶.

13. Monsieur le président, l'Italie, pour sa part, attache la plus grande importance au constat dressé par une institution mondialement connue pour son expertise, sa sagesse et sa pondération. Force est alors de constater que le constat dressé par l'Institut de droit international et la netteté avec laquelle il s'est attaché à souligner les obligations coutumières des Etats à l'égard des crimes internationaux et de leurs conséquences, son insistance, en particulier, sur le fait que «les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate à laquelle ont droit les victimes» confirment que l'on ne peut décidément plus retenir aujourd'hui une conception absolue de l'immunité de juridiction. Or, c'est pourtant à cette thèse, dépassée, que l'Allemagne est aujourd'hui revenue.

14. J'ai bien dit «revenue», Monsieur le président ; car encore en 1999, s'exprimant alors devant la Commission juridique de l'Assemblée générale des Nations Unies lors de sa quarante-quatrième session, M. Westdijenberg, le conseiller juridique du ministère allemand des affaires étrangères à l'époque, déclarait :

⁴³ Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, rapporteur : Lady Fox, art. II, 2.

⁴⁴ M. von Hoffman (PV n° 5).

⁴⁵ MM. Ranjeva, Treves et Pellet (PV n° 5).

⁴⁶ Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, rapporteur : Lady Fox, *Annuaire* de l'Institut de droit international — Session de Naples, vol. 73, 2009, p. 228.

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

15. En revanche, son successeur, Mme l'ambassadeur Wasum-Rainer, a déclaré avec force à cette barre le 12 septembre dernier : «the basis for State immunity is not to be found in the character of the legal norm which was allegedly violated, but in the character of the act as a State act which can, by its very nature, not be subject to the jurisdiction of another State»⁴⁸. Elle laissait ainsi clairement entendre, comme elle le dit à la suite, que l'immunité ne peut souffrir aucune exception : «once State immunity has been perforated there is no reason not to extend the exceptions to a range of other areas»⁴⁹.

16. La Cour aura noté la différence non seulement de ton mais de contenu entre les deux déclarations, à douze ans d'intervalle. Force est alors de constater qu'à l'inverse de l'Institut de droit international, constatant quant à lui l'évolution du droit dans le sens que l'on indiquait, l'Allemagne a, entre-temps, décidé de faire machine arrière et, remontant le cours de l'histoire, d'en revenir à une conception absolue de l'immunité.

17. Il en résulte que le juge interne devrait, selon elle, automatiquement statuer qu'il n'a pas compétence *par le seul fait* qu'une requête en réparation des crimes contre l'humanité est dirigée contre un Etat étranger. L'Italie ne peut que déplorer une telle évolution dans l'attitude allemande.

18. Voyons, quoi qu'il en soit, à présent, les conséquences résultant pour le juge national de l'existence avérée du conflit normatif entre immunité et réparation des dommages causés par les crimes internationaux.

2. Les conséquences de l'existence du conflit latent

19. Ces conséquences sont, sans avoir une volonté exhaustive, au nombre de trois. *La première concerne la nécessité pour le juge interne, une fois saisi d'une requête en réparation des conséquences d'un crime d'examiner si, oui ou non, il peut avoir compétence, en dépit du fait qu'une telle demande soit dirigée contre un Etat étranger.* Par définition, précisément parce

⁴⁷ Nations Unies, doc. A/C.6/54/5R.15 du 8 novembre 1999, session du 25 octobre 1999, p. 6, par. 56.

⁴⁸ CR 2011/17, p. 17, par. 10.

⁴⁹ *Ibid.*.

qu'ainsi que le dit la résolution de Naples, l'immunité ne devrait pas faire obstacle à la réparation, le juge ne doit pas s'arrêter sur le seuil de l'affaire, mais examiner au contraire chacun de ses termes et de ses éléments. Il doit, à la fois, ne pas oublier qu'en règle générale, une action contre les conséquences d'actes étatiques accomplis «*jure imperii*» est empêchée par le jeu de l'immunité souveraine, mais aussi mettre en balance ce principe avec la nécessité de permettre l'accès des victimes à la réparation. Il sera alors incité à vérifier notamment l'existence de voies de recours alternatives, comme l'a fait la Cour polonaise dans l'affaire *Natoniewski*, et à prendre en considération toutes les données de fait et de droit qui conditionnent la situation concrète des personnes ayant ressenti les dommages concernés.

20. *Il y a une deuxième conséquence qui, à ce stade, s'avère n'être en réalité qu'un prolongement de la première* : le juge, tenant compte de l'évolution non encore unifiée des pratiques étatiques — on vient de le voir —, devra considérer, selon l'expression anglaise (traduite en français), *quelle est «la balance des intérêts en présence»*. Et comme le rappelait le professeur Condorelli mardi dernier, le coût de l'immunité pour l'Etat soumis à l'obligation de l'accorder est un coût considérable, puisqu'il se trouve astreint — cet Etat — à d'importantes limitations de sa propre souveraineté quant à l'exercice de sa fonction judiciaire en déniant aux individus l'accès aux garanties pour la protection de leurs droits⁵⁰. En d'autres termes, ce serait présenter une vision tronquée de la réalité que de dire qu'une quelconque atteinte à l'immunité de l'Etat est seulement une atteinte à une souveraineté. Car l'inverse est tout aussi vrai : le respect de l'immunité se traduit également par une atteinte à d'autres droits souverains ; non plus ceux de l'Etat protégé par l'immunité mais ceux de l'Etat dont les tribunaux se voient privés de l'exercice de leur compétence en vue de la sauvegarde des victimes individuelles.

21. On doit donc constater la nécessité pour le juge dont la compétence est en jeu *de ne pas céder trop vite à la facilité de renoncer à son exercice*. D'abord considérer, ensuite décider.

22. Cela, c'est bien la philosophie de l'Institut de droit international ; mais cette philosophie est à l'opposé encore une fois de la position allemande, du moins dans son état le plus récent. Ce souci de *proportionnalité* inspire en revanche l'attitude constante de la Cour européenne des droits

⁵⁰ CR 2011/17, p. 18, par. 6.

de l'homme. Et c'est là la troisième conséquence de l'existence du conflit latent : la recherche de proportionnalité. Pour en revenir à la jurisprudence de la Cour européenne, on constatera que, par exemple dans l'arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni* renvoyant lui-même à l'arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, la Cour de Strasbourg prenait soin de dire : «En outre, pareilles limitations ne se concilient avec l'article 6.1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé»⁵¹, référence à laquelle renvoie du reste le fameux arrêt *Al-Adsani* lui-même aussi bien que l'arrêt *McElhinney* lorsqu'il déclare que «les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation»⁵².

23. En d'autres termes, Monsieur le président, l'Italie considère que, dans la situation d'un droit encore non unifié, il y a pourtant bien une démarche judiciaire, une façon d'aborder le principe de l'immunité et de le mettre en balance avec les nécessités de la réparation. C'est la même attitude que, reprise de la Cour européenne, l'on retrouve encore dans le très récent arrêt de la Cour de cassation française de cette année, celui que j'ai déjà cité mardi dernier, lorsqu'il considère

«que le droit d'accès à un tribunal consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne peut être valablement restreint par le principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers *que* si cette limitation tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé»⁵³.

On voit ici le rôle unificateur de la jurisprudence de la Cour européenne ; et on pourrait citer dans le même sens, comme l'a fait le professeur Palchetti il y a un instant, l'arrêt *Natoniewski* de la Cour polonaise.

24. Par définition, la recherche de la proportionnalité ainsi soulignée par les cours internes et internationales ne pourrait s'effectuer si l'on suivait la démarche radicale prônée par l'Allemagne d'après laquelle le juge, comme dans la nouvelle de Kafka, devrait s'arrêter, interdit, devant le seuil

⁵¹ CEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni*, n° 37112/97, par. 33 ; *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, CEDH, 1999-I, par. 59.

⁵² *Ibid.*, *McElhinney c. Irlande*, n° 31253/96, par. 34 ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, par. 53.

⁵³ Cour de cassation française, première chambre civile, audience publique du 9 mars 2011, numéro de pourvoi : 09-14743 publié au *Bulletin*. Voir le troisième considérant. <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/3274771-cour-de-cassation-civile-chambre-civile-1-9-mars-2011-09-14-743-publie-au-bulletin>.

du temple de la Loi dès que se trouve mis en cause devant un tribunal interne l'acte imputable à un Etat étranger.

25. Décidément, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, et je le dis non sans une certaine tristesse, qui donc se trouve isolé ? Est-ce la Cour de cassation italienne dans son désir partagé de proportionnalité, ou bien l'Allemagne dans sa volonté pugnace de revenir aux temps révolus de l'immunité radicale ? Revenons, en effet, rapidement, sur la façon dont cette recherche prudente de proportionnalité — et qui ne préjuge jamais de la décision finale du tribunal concerné — se retrouve dans la démarche du juge italien.

26. Je ne répéterai pas ici, Monsieur le président, ce que je vous avais dit mardi dernier, lorsque j'attirais l'attention de la Cour sur le fait que la Cour de cassation italienne avait mis en balance, précisément, à partir de l'article 10 de la Constitution, *et* la validité persistante du principe d'immunité *et* l'affirmation contemporaine de la nécessité de poursuivre les auteurs des crimes comme d'en réparer les conséquences⁵⁴. Je me contenterai de vous rappeler combien nous avons tous insisté, de ce côté de la barre, sur les quatre éléments caractérisant l'affaire *Ferrini* comme un cas limite et comment leur *conjonction* a conduit la Cour à mettre à l'écart l'immunité de juridiction. Dois-je les citer à nouveau : des requérants cherchant vainement depuis *cinquante ans* à obtenir réparation ; pour les conséquences de *crimes de guerre et crimes contre l'humanité* ; dont l'Allemagne avait pourtant *admis* qu'elle devait supporter la responsabilité ; mais *refusait d'assurer la réparation*, que ce soit par voie diplomatique ou judiciaire.

27. Et, au passage, rappelons qu'il n'y a nullement là usage de la théorie des circonstances excluant l'illicite, comme se sont un peu essoufflés à le répéter — sans le démontrer — nos amis hier, mais au contraire la prise en considération, dans l'appréciation prudente de la «balance des intérêts» — toujours elle —, de tous les éléments propres à faire pencher celle-ci du côté de l'immunité ou de celui de sa mise à l'écart. Les Etats et leurs tribunaux ont, à cet égard, une certaine marge d'appréciation, comme l'a dit la Cour de Strasbourg.

28. A ce stade, et toujours à propos de l'analyse de la démarche du juge dans l'affaire *Ferrini*, l'insistance de nos amis allemands m'oblige à revenir sur deux points

⁵⁴ CR 2011/18, p. 59-60, par. 23 et 24.

brièvement : le premier est celui de savoir si M. Ferrini avait, oui ou non, épuisé les possibilités d'obtenir réparation offertes par l'Allemagne ; le second est celui de savoir si l'attitude retenue par la *Corte Suprema* comportait ou non des dangers d'ouverture à l'avenir d'un vaste «forum shopping», sorte de vaste bazar universel où l'on viendrait choisir son juge comme on fait son marché, au gré duquel, comme le déplorait pathétiquement M. Kolb, n'importe qui pourrait décidément faire n'importe quoi.

29. Sur le premier point, pour rendre une histoire longue courte, il s'avère que les déclarations faites par mon ami Tomuschat aussi bien que par Mme l'ambassadeur Wasum-Rainer⁵⁵, quant à l'absence de recours de M. Ferrini, ne correspondent pas à la réalité. Les recours que ce dernier a faits en Allemagne étaient non judiciaires, il est vrai, et l'on dira pourquoi ; mais ils se sont produits devant les instances administratives compétentes. En premier lieu, en 1996, il essuya un refus au motif que l'admission à la réparation des dommages de guerre invoquée n'était pas ouverte aux citoyens étrangers ; en second lieu, devant la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir», après sa création, cette fois au motif que le camp de concentration de Kalha, dans lequel M. Ferrini avait été interné à 18 ans, ne figurait pas dans la liste des camps répertoriés par la fondation. Et lorsque, enfin, sur sollicitation de son avocat, M^e Lau, aujourd'hui dans cette salle, la fondation finit par considérer la requête de M. Ferrini, elle lui proposa une aumône symbolique. Encore était-ce à titre conditionnel.

30. En effet, la fondation savait qu'en 1998, constatant la multiplication des arrêts émanant de cours allemandes allant tous dans le sens d'un rejet des demandes identiques à la sienne, M. Ferrini avait déposé un recours devant le tribunal d'Arezzo. La fondation lui offrait cette somme des plus modiques à la condition qu'il renonce à son recours devant le juge italien. Les décisions de justice allemandes à l'origine de la requête du sieur Ferrini devant le juge d'Arezzo, toutes encore une fois négatives, sont au demeurant répertoriées dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande de 2003 reproduit à l'annexe 11 du contre-mémoire de l'Italie. Cet arrêt mettait de toute façon un terme définitif à tout espoir de réparation pour les victimes italiennes de travaux forcés. On constate ainsi, que la quête de réparation entreprise par M. Ferrini était

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

restée vaine et qu'il savait qu'elle le resterait étant donné l'attitude de refus manifestée par les juges allemands.

31. En ce qui concerne, et pour finir, l'argument déployé mardi dernier par le professeur Kolb selon lequel admettre la licéité de la démarche du juge suprême italien ouvrirait la voie au «forum shopping»⁵⁶, il mérite également que l'on s'y arrête, même si mon ami Palchetti y a déjà touché. En réalité, comme je l'ai dit mardi, la Cour de cassation italienne s'est inspirée d'une démarche qu'on peut dire processualiste très précise, laquelle n'est pas sans analogie, peut-on dire à titre pédagogique, avec une sorte de «principe de complémentarité», mais, ici bien sûr, entre les juridictions *civiles* de deux types d'Etats précisément identifiés. Non pas n'importe quels Etats mais, en premier lieu, l'Etat responsable, en l'occurrence l'Allemagne, dont les voies de recours administratives et judiciaires doivent être envisagées sur la base des attentes légitimes d'accès à la réparation qu'elles permettent d'entretenir. En second lieu, et à défaut d'obtention de la réparation, non pas les tribunaux de n'importe quel autre Etat, et l'on est ici à cent lieux de quelque analogie avec la compétence universelle au pénal, mais seulement les tribunaux de l'Etat de la nationalité de la victime pourront être saisis, d'après la Cour de cassation.

32. On notera que dès 1983, dans un article paru au *British Year Book of International Law*, le professeur Crawford, à la suite de l'affaire *Letelier v. Chile* et partant du constat que l'immunité de juridiction de l'Etat pour les actes *jure imperii* n'était plus absolue, relevait déjà la licéité de l'action civile devant les tribunaux nationaux de la victime pour les dommages causés par un acte internationalement illicite d'un Etat étranger. Encore ne subordonnait-il pas, quant à lui, une telle initiative devant ces tribunaux à l'épuisement préalable et infructueux des voies de recours internes de l'Etat responsable⁵⁷. Alors *a fortiori* ces recours peuvent-ils s'envisager lorsque ces voies ont été entreprises, comme ici suggéré par le juge suprême italien, étant entendu que, pas plus ici que dans le cadre distinct de la protection diplomatique, il n'est nécessaire que toutes les voies de recours aient été effectivement épuisées s'il était manifeste qu'elles n'aboutiraient pas⁵⁸ ?

⁵⁶ CR 2011/17, p. 56, 2, par. 14.

⁵⁷ J. Crawford, «International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions», *British Yearbook of International Law*, 1983, p. 75 et suiv., spécial, p. 110-112.

⁵⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, par. 62-63.

33. Toujours est-il que, dans l'affaire *Ferrini* et les suivantes, la démarche de la Cour s'inscrivait dans une conception d'ensemble selon laquelle les tribunaux internes d'un Etat ne peuvent envisager la mise à l'écart de l'immunité d'un autre Etat étranger *que si* les tribunaux en cause étaient, à défaut d'avoir obtenu réparation devant le for de l'Etat responsable, ceux de l'Etat national de la victime.

34. Arrivé à cette heure tardive, Monsieur le président, il ne m'est pas possible de relever toutes les allégations faites en particulier par le professeur Kolb dans sa plaidoirie d'hier. Qu'il me soit permis de rappeler que l'Italie ne renonce évidemment à aucun des arguments qu'elle a présentés devant vous dans ses écritures ou lors du premier tour de ses plaidoiries. Et cela s'applique tout particulièrement à l'impossibilité ressentie par le juge italien, à la suite de juges constitutionnels allemand et suisse, de se rendre complice de la perpétuation d'un fait illicite accompli par un autre Etat, impossibilité à laquelle il n'a pas été substantiellement répondu par mon distingué contradicteur, lequel ne pouvait notamment nier l'existence ni le bien-fondé de la *ratio legis* des arrêts rapportés.

3. Conclusion

35. De l'existence, avérée par les internationalistes les plus expérimentés, d'un conflit latent dans le droit positif entre immunité et nécessité d'assurer la réparation des dommages causés par les crimes, il résulte certaines conséquences qu'il m'appartient pour finir de rappeler en ce qui concerne le rôle de la Cour.

36. Prenant en considération la situation difficile dans laquelle le juge interne se trouve face à un droit positif en transition, et n'ayant pas encore accédé à une phase nouvelle de stabilité, il n'est pas demandé à votre haute juridiction de s'instituer en législateur, ni à l'inverse de dire que le droit positif est figé en une règle unique alors qu'il ne l'est plus.

J'évoquais devant vous mardi dernier la tendance de fond selon laquelle le juge interne est de plus en plus souvent sollicité d'apprécier la légalité internationale des actes d'un autre Etat, et, en l'occurrence, d'un Etat étranger. Face à ce phénomène dont tout porte à croire qu'il est irréversible, la Cour a, dans la présente affaire, précisément, afin d'éviter les dangers d'arbitraire, l'occasion de dire le droit sans en figer les évolutions. Elle peut le faire, dans le respect des

volontés souveraines, tout en posant les jalons et les limites normatives et méthodologiques en fonction desquelles la recherche de l'équilibre des intérêts en présence doit être assurée par ces juges.

37. Devant cette confrontation des intérêts entre souverainetés rivales, la Cour ne m'en voudra pas si je l'incite, une nouvelle fois, à revenir vers les bords apaisés de la Tamise. C'est là, en effet, que Hersch Lauterpacht, à nouveau lui, alors encore loin de la consécration qui lui valut plus tard son anoblissement, déclarait déjà, en 1933, comme s'il pressentait les bruits et la fureur des temps à venir :

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

Je vous remercie, Monsieur le président, et je vous prie de bien vouloir passer la parole à M. l'agent de la République d'Italie.

The PRESIDENT: I thank Professor Pierre-Marie Dupuy for his presentation. Now I invite Ambassador Giacomo Aiello, the Agent of Italy to make his concluding statement.

Mr. AIELLO:

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, the Italian Republic greatly appreciates the work of the International Court of Justice, the principal judicial organ of the United Nations. This is why Italy agreed without hesitation to entrust this matter to the Court. Furthermore, we are confident that your judgment in this case will constitute a significant contribution to good relations between Italy and the Republic of Germany.

2. Mr. President, as we reach the end of this week of hearings, I will reiterate Italy's request, for the reasons given in our written and oral pleadings, that the Court adjudge and hold the claims of the Applicant to be unfounded. This request is subject to the qualification that, as I said in my introduction on Tuesday, Italy has no objection to any decision by the Court obliging Italy to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled.

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

3. Before concluding this statement, we wish to express our sincere gratitude, Mr. President and distinguished Members of the Court, for your kind attention and careful consideration of our pleadings. Allow us to give special thanks to the Registrar as well, and to all his staff for ensuring the smooth running of these oral proceedings and the efficient administration of the entire case. We also thank the translators and interpreters for their outstanding efforts.

4. Mr. President, distinguished Members of the Court, the Italian Government would conclude this presentation by reaffirming its traditional and unwavering respect for the decisions of this highest world tribunal. We are certain that the Court's judgment will be a turning point for the better in relation to the jurisdictional immunity of States, an area of law of the highest global importance.

5. Finally, I wish to express our appreciation to our friends, the members of the German delegation for their co-operation throughout the proceedings.

Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: I thank Ambassador Giacomo Aiello for his statement as the concluding remarks of Italy. The Court takes note of the final submissions which you have read on behalf of Italy as it took note on Thursday 15 September of the final submissions of Germany.

Several Judges of the Court wish to take the floor to ask questions to the Parties, both of the Parties, either of the Parties or to the intervening State. I shall now give the floor to those Judges.

First, Judge Simma, Judge Bennouna, Judge Cançado Trindade and Judge *ad hoc* Gaja, who have questions.

In the order of seniority, I give first the floor to Judge Simma who has a question for Italy. Judge Simma, you have the floor.

Judge SIMMA: Thank you, Mr. President. Italy takes the view that the waiver clause stipulated in Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty with Italy does not, indeed cannot, cover severe breaches of international humanitarian law committed against Italians by Germany. According to the Respondent, Italy was already, in 1947 and is up to the present, under an international legal obligation not to waive claims to German responsibility for such grave breaches.

In view of the great weight thus given to these claims by Italy, let me ask the following question, a factual question.

Please describe in detail the attempts undertaken by the Italian Government at the diplomatic level to induce Germany to make reparation to Italian victims of German war crimes that is precisely the category of Italian victims allegedly excluded from German reparation measures during the period following the 1947 Peace Treaty up until the *Ferrini* case. Thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Simma. I now give the floor to Judge Bennouna who has a question to Germany. Judge Bennouna, you have the floor.

Juge BENNOUNA : Merci, Monsieur le président. Effectivement, ma question s'adresse à la délégation de l'Allemagne et elle se présente comme suit : est-ce que, s'il n'existe aucun autre recours disponible pour les personnes victimes de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire commis sur leur territoire par un Etat étranger, ce dernier serait recevable à opposer aux tribunaux du for son immunité de juridiction *jure imperii* ? Je vous remercie, Monsieur le président.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Bennouna. I now give the floor to Judge Cançado Trindade, who has questions for both of the Parties and for Greece as intervening State. Judge Cançado Trindade, you have the floor.

Juge CANÇADO TRINDADE : Merci, Monsieur le président. Pour garder l'équilibre linguistique de la Cour, je poserai mes questions en anglais. Trois questions à l'Allemagne et à l'Italie et une question à la Grèce.

My first question to Germany and Italy is the following: In relation to your arguments in these public sittings before the Court and bearing in mind the Settlement Agreements of 1961 between Germany and Italy, what is the precise scope of the waiver clauses contained therein, and of the waiver clause of Article 77 (4) of the Peace Treaty of 1947? Can the issue of reparation be considered as entirely closed today? Or has any of its aspects remained open to date?

My second question to both Germany and Italy is the following: Is the delicts *exceptio* (territorial torts) limited to acts *jure gestionis*? Can it be? Are acts *jure imperii* understood to

contain also a delict *exceptio*? How can war crimes be considered as acts *jure* — I repeat, *jure* — *imperii*?

My third question to both Germany and Italy is the following: Have the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation? If not, are they entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings? Can the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law still be regarded as exhausting itself at inter-State level? Is the right to reparation related to the right of access to justice *lato sensu*? And what is the relationship of such right of access to justice with *jus cogens*?

And, finally, my question to Greece is the following: Within the Greek legal system, what are the legal effects of the Greek Special Supreme Court decision in the *Margelos* case upon the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case? Is the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case still pending of execution within and beyond the Greek legal system?

Thank you very much, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Cançado Trindade. Let me now invite Judge *ad hoc* Gaja to put his question, which is addressed to both of the Parties. Judge Gaja, you have the floor.

Judge GAJA: Thank you, Mr. President. My question, which is addressed to both Parties, is as follows: Does a waiver made by State A, also on behalf of its nations, with regard to a category of claims against State B, imply that State B is entitled to enjoy jurisdictional immunity should a national of State A bring to the courts of State A a claim within that category? Thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Judge Gaja. The text of these questions will be sent to the Parties, and Greece, as soon as possible. The Parties, and Greece, are invited to provide their written replies to the questions addressed to them no later than 6 p.m. on Friday 23 September. I would add that any comments that the Parties, and Greece, may wish to make on those written replies, must be submitted by 6 p.m. on the following Friday, 30 September.

This brings us to the end of the hearings in this case. I should like to thank the Agents, counsel and advocates of both Parties, and Greece, for their statements. In accordance with the usual practice, I shall request the Agents to remain at the Court's disposal to provide any additional information the Court may require.

With this proviso, I now declare closed the oral proceedings in the case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. The Court will now retire for deliberation. The Agents of the Parties and of the intervening State will be advised in due course as to the date on which the Court will deliver its judgment.

As the Court has no other business before it today, the sitting is now closed.

The Court rose at 5.10 p.m.
