

SEPARATE OPINION OF JUDGE KEITH

1. I agree with the conclusions the Court has reached and largely with its reasons. My purpose in preparing this opinion is to emphasize how the rules of international law recognizing or not the immunity of a foreign State from the jurisdiction of the courts of another State are firmly based on principles of international law and on policies of the international legal order. That emphasis is designed to supplement the exhaustive and persuasive discussion of State practice included in the Judgment.

2. A basic principle of international law at play in this area of law is the principle of sovereign equality of States, the first principle declared in Article 2 of the Charter of the United Nations. In terms of the elaboration of that principle in the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, all States have equal rights and duties and are juridically equal (General Assembly resolution 2625 (XXV)). By definition, in cases raising issues of State immunity, that principle and the rights and obligations arising from it apply to two States — the State of the forum where the case is being brought and the foreign State which is the defendant or intended defendant. The jurisdiction of the courts of the former State arises from the sovereignty of that State. If the particular court has jurisdiction over the matter brought before it when the defendant is an individual or a legal person, why should the fact that the defendant be a foreign State make a difference? But to the contrary are the sovereign equality and the independence of the foreign State, principles supporting immunity: an equal cannot have jurisdiction over an equal.

3. How are those two propositions to be reconciled? Answers are to be found in the decisions given by national courts, the laws passed by national parliaments, the treaties and the law reform and the diplomatic processes and negotiations leading to them, and other State practice, much of it reviewed in the Judgment in this case, as well as in scholarly writing. The answers have given and continue to give particular attention to the character of the act at issue in the litigation. In broad terms, is the act an act of a public character or, in other words, to be seen as the exercise of the sovereign authority of the State, or is the act one of a private character, indistinguishable from the act of any other person acting under the local law? In the former case, the need for respect for another sovereignty, the ideas of reciprocity and the possible risks to international rela-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Je souscris aux conclusions de la Cour et, dans une large mesure, aux motifs exposés dans l'arrêt. La présente opinion a pour objet de mettre l'accent sur le fait que les règles du droit international reconnaissant ou non l'immunité d'un Etat étranger devant les juridictions d'un autre Etat sont solidement fondées sur des principes de droit international et des politiques de l'ordre juridique international. J'entends ainsi enrichir l'analyse exhaustive et convaincante de la pratique étatique à laquelle s'est livrée la Cour.

2. L'un des principes fondamentaux du droit international en cause dans le domaine à l'examen est celui de l'égalité souveraine des Etats; il s'agit du premier principe énoncé à l'article 2 de la Charte des Nations Unies. En vertu de ce principe, tel que développé dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, tous les Etats ont des droits et devoirs égaux et sont juridiquement égaux (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale). Dans les affaires qui soulèvent des questions ayant trait à l'immunité des Etats, ce principe ainsi que les droits et obligations qui en découlent s'appliquent par définition à deux Etats, à savoir l'Etat du for, où l'action en cause est engagée, et l'Etat étranger, qui est — ou est censé être — l'Etat défendeur. La compétence des juridictions du premier degré découle de la souveraineté de celui-ci. Si le tribunal concerné a compétence pour connaître du différend porté devant lui lorsque le défendeur est une personne physique ou morale, pourquoi devrait-il en être autrement lorsque le défendeur est un Etat étranger? A cela s'opposent cependant les principes de l'égalité souveraine et de l'indépendance de l'Etat étranger, lesquels étayaient l'immunité; l'on ne saurait en effet exercer un pouvoir de juridiction sur un égal.

3. La question est donc de savoir comment ces deux propositions peuvent être conciliées. A cet égard, les décisions rendues par des juridictions nationales, les lois adoptées par des parlements nationaux, les traités — et les réformes législatives, processus diplomatiques et négociations qui y conduisent —, la pratique d'autres Etats — qui a été largement examinée dans le présent arrêt — ainsi que la doctrine fournissent certains éléments de réponse. Dans ces différents contextes, une attention particulière a toujours été accordée à la nature de l'acte qui fait l'objet de l'instance, et tel continue d'être le cas. Pour l'exprimer en des termes généraux, la question est de savoir si l'acte en question est de nature publique, autrement dit s'il doit être considéré comme constituant l'exercice, par l'Etat, de son autorité souveraine, ou s'il s'agit d'un acte à caractère privé, qui ne

tions may have major significance and indicate that immunity is available. In the latter case, the similarities of the foreign State's acts to the acts of other persons under local law and the correlative rights and obligations of the other (non-State) party in the litigation may indicate that immunity should not be available. That may be so if, for instance, the act is of a commercial or trading character; or the act is an alleged delict or tort under local law committed on the territory of the forum State; or the action relates to locally situated property. The answers, based on those matters, have changed over time and no doubt will continue to change, in the direction of a narrowing of immunity. In this case, Italy contends that the position taken by its courts conforms with that narrowing. Germany argues to the contrary.

4. Those matters began to appear 200 years ago. To demonstrate that, I take from the nineteenth century two judgments and a resolution adopted by the Institut de droit international. I make those choices from the many available because they highlight the principles and the other factors I have mentioned; they show that the common law and lawyers from that tradition — often represented as adhering to a rule of absolute immunity well into the twentieth century — had, along with those in other jurisdictions, early recognized the balance of the factors mentioned; and they usefully present the law in two parts: those areas where the local courts have jurisdiction over foreign States and those where they do not because of the immunity of the foreign State. I do of course appreciate that it is unusual in the practice of this Court and its predecessor to draw on the decisions of national courts. But, as appears from the Judgment in this case, the Court, for good reason, does give such decisions a major role. In this area of law it is such decisions, along with the reaction, or not, of the foreign State involved, which provide many instances of State practice. Further, the reasoning of the judges by reference to principle is of real value.

5. I begin with Chief Justice Marshall, speaking 200 years ago for the United States Supreme Court. In *Schooner Exchange v. McFaddon* (11 US 116 (1812)), he began with these propositions:

“The jurisdiction of courts is a branch of that which is possessed by the nation as an independent sovereign power.

peut être distingué de celui de toute autre personne agissant dans le cadre du droit local. Dans le premier cas, la nécessité de respecter la souveraineté d'un autre Etat ainsi que certaines considérations relatives à la notion de réciprocité et à d'éventuels risques pour les relations internationales peuvent revêtir la plus haute importance et donner à penser que l'immunité s'impose. Dans le second cas, les similitudes entre les actes de l'Etat étranger et ceux d'autres personnes agissant dans le cadre du droit national ainsi que les droits et obligations correspondants de l'autre partie (non étatique) à l'instance peuvent donner à penser qu'il convient d'écarter l'immunité. Il peut en être ainsi, par exemple, si l'acte en cause revêt un caractère commercial ou transactionnel; s'il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit supposé au regard du droit local, commis sur le territoire de l'Etat du for; ou si l'action engagée a trait à des biens situés sur le territoire de cet Etat. Les réponses qui ont été apportées en fonction de ces éléments ont changé et, à n'en pas douter, continueront de changer avec le temps, et ce, dans le sens d'une restriction de l'immunité. En la présente espèce, l'Italie soutenait que la position adoptée par ses tribunaux était conforme à cette tendance. L'Allemagne contestait cet argument.

4. Ces questions se sont fait jour il y a deux siècles. Afin de le démontrer, je prendrai pour exemples deux décisions judiciaires datant du XIX^e siècle ainsi qu'une résolution adoptée par l'Institut de droit international. Si j'ai retenu ces exemples parmi bien d'autres, c'est parce qu'ils mettent en lumière tant les principes que les autres facteurs que j'ai mentionnés; ils montrent que la *common law* et les juristes issus de cette culture — souvent considérés comme ayant souscrit à la conception de l'immunité absolue jusqu'à une période bien avancée du XX^e siècle — avaient, tout comme leurs homologues issus d'autres systèmes juridiques, admis très tôt qu'il convenait de mettre en balance lesdits facteurs; par ailleurs, ces exemples divisent fort commodément le droit en deux parties: les domaines dans lesquels les tribunaux de l'Etat du for sont fondés à exercer leur compétence à l'égard d'un Etat étranger, et ceux où ils ne le peuvent pas en raison de l'immunité dont jouit cet Etat. J'ai bien évidemment conscience qu'il est inhabituel, dans la pratique de la Cour et de sa devancière, de se fonder sur des décisions rendues par des juridictions nationales. Toutefois, ainsi que cela ressort du présent arrêt, la Cour a à juste titre accordé à pareilles décisions un rôle essentiel. C'est qu'en effet, dans le domaine du droit qui est à l'examen, ce sont ces décisions, ainsi que la réaction — ou l'absence de réaction — de l'Etat étranger, qui constituent une partie importante de la pratique étatique. De surcroît, le raisonnement suivi par les juges à la lumière des principes pertinents est fort précieux.

5. Je commencerai par me référer aux vues exposées il y a deux cents ans par le Chief Justice Marshall, lequel s'exprimait au nom de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique. En l'affaire *Schooner Exchange c. McFaddon* (11 *US* 116 (1812)), il a commencé par indiquer ce qui suit:

«La compétence des tribunaux est une branche de ce qui appartient à la nation en tant que pouvoir souverain indépendant.

The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction." (11 *US* 116, 136.)

He then examined what he referred to as several instances of consent of the territorial State tested by common usage, and by common opinion, growing out of that usage. Sixty years later, an English judge, Sir Robert Phillimore, rejected a plea of immunity made by the Khedive of Egypt. He began his examination of the immunity of the sovereign prince from the court's jurisdiction, by

"stat[ing] with precision the foundation upon which this privilege rests. Upon principles of general jurisprudence the presence of a person or of property within the limits of a State founds the jurisdiction of the tribunals of that State . . . The sovereign prince or his representative is exempted from the operation of this principle, absolutely, so far as his person is concerned, and with respect to his property, at least so far as that property is connected with the dignity of his position and the exercise of his public functions.

Upon what grounds is this exemption allowed? Not upon the possession on behalf of the sovereign of any absolute right in virtue of his sovereignty to this exemption; such a right on his part would be incompatible with the right of the territorial sovereign . . . The true foundation is the consent and usage of independent States, which have universally granted this exemption from local jurisdiction in order that the functions of the representative of the sovereignty of a foreign State may be discharged with dignity and freedom, unembarrassed by any of the circumstances to which litigation might give rise." (*The Charkieh* (1873), *LR* 4 A & E 59, 88.)

The references by the judges to common usage and common opinion arising out of that usage tend to suggest that the consent of the territorial State was coming to be seen as a fiction. The reconciliation between the competing sovereignties, in my understanding of the development of the law, ceased to rely on ideas of consent, but weighed the other matters mentioned above and, in particular, the character of the act in issue. The combination of that matter, (implied) consent, and principle may be seen in a second feature of the two judgments in which the judges indicated situations in which territorial sovereignty may prevail over the sovereignty of the foreign State.

6. Chief Justice Marshall looked at what he saw as a manifestly distinct situation. That situation concerned the private property of the

Le pouvoir de juridiction de la nation à l'intérieur de son propre territoire est nécessairement exclusif et absolu. Il ne peut faire l'objet d'aucune restriction qui ne soit imposée par la nation elle-même. Toute restriction de ce pouvoir de juridiction qui serait imposée par une source extérieure impliquerait une diminution équivalente de la souveraineté de la nation ainsi qu'une ingérence équivalente de la puissance étrangère qui aurait imposé cette limitation dans la sphère souveraine de la nation.» (11 *US* 116, p. 136.)

Le Chief Justice Marshall a ensuite passé en revue différents exemples de consentement de l'Etat territorial fondés, selon lui, sur l'usage commun et sur l'opinion commune découlant de cet usage. Soixante ans plus tard, un juge anglais, sir Robert Phillimore, a rejeté l'invocation de l'immunité par le khédive d'Egypte. Il a commencé son examen de l'immunité de juridiction du prince étranger en

«expos[ant] avec précision les fondements sur lesquels repose ce privilège. Il ressort des principes énoncés dans la jurisprudence générale que le fait qu'une personne ou un bien soit présent à l'intérieur des limites d'un Etat fonde la compétence des tribunaux de cet Etat... Ce principe ne vaut ni pour le prince souverain ni pour son représentant; cette dernière règle s'applique de manière absolue lorsqu'il s'agit de leur personne et, lorsqu'il s'agit de leurs biens, au moins pour autant que le bien en question est en rapport avec la dignité de leur rang et l'exercice de leurs fonctions publiques.

Sur quels fondements ce privilège repose-t-il? Certainement pas sur le fait que le souverain posséderait, de par sa souveraineté, un droit absolu à en bénéficier; pareil droit ne serait en effet pas compatible avec le droit du souverain territorial... Le véritable fondement de l'immunité est le consentement et l'usage des Etats indépendants, lesquels ont universellement accordé cette immunité de juridiction afin de permettre au représentant de la souveraineté d'un Etat étranger de s'acquitter de ses fonctions avec dignité et en toute liberté, sans être entravé par une quelconque action en justice.» (*The Char-kieh* (1873), *LR* 4 A & E 59, p. 88.)

Les références faites par ces juges à l'usage commun et à l'opinion commune qui en découle incitent à penser que le consentement de l'Etat territorial commençait à être considéré comme une fiction; selon ma perception du développement du droit, la conciliation entre les souverainetés concurrentes a alors cessé de reposer sur l'idée du consentement, tandis que d'autres facteurs susmentionnés, et notamment la nature de l'acte en cause, ont été pris en considération. L'effet conjugué de ce dernier facteur, du consentement (implicite) et de considérations de principe ressort lui aussi de ces deux décisions, dans lesquelles les juges ont exposé des situations où la souveraineté territoriale pouvait l'emporter sur celle de l'Etat étranger.

6. Le Chief Justice Marshall s'est ainsi penché sur ce qu'il considérait comme un cas manifestement différent, à savoir celui des biens privés du

prince. A prince, by acquiring private property in a foreign country, may possibly be considered, he said, “as subjecting that property to the territorial jurisdiction; he may be considered as so far laying down the prince, and assuming the character of a private individual” (11 *US* 116, 145); or, it may be added, the elements of sovereignty, equality, independence and dignity are absent and the consent, this time of the foreign State and generally implicit, may, with that absence, be seen as denying immunity. Similarly, Sir Robert Phillimore focused on the fact that the vessel which was the subject of the proceeding before him was “employed for the ordinary purposes of trading. She belongs to what may be called a commercial fleet.” (*LR* 4 A & E 59, 99.) He had earlier said:

“The object of international law, in this as in other matters, is not to work injustice, not to prevent the enforcement of a just demand, but to substitute negotiations between governments, though they may be dilatory and the issue distant and uncertain, for the ordinary use of courts of justice in cases where such use would lessen the dignity or embarrass the functions of the representatives of a foreign State; and if the suit takes a shape which avoids this inconvenience, the object both of international and of ordinary law is attained — of the former, by respecting the personal dignity and convenience of the sovereign; of the latter, by the administration of justice to the subject.

The universally acknowledged exceptions to the general rule of the sovereign’s immunity when examined prove the truth of this proposition. For instance, the exemption from suit is admitted not to apply to immoveable property. One reason may be that the owner of such property has so incorporated himself into the jural system of the state in which he holds such property, that the argument of general inconvenience to States from allowing the exemption outweighs the argument from convenience on which the exemption in other matters is bottomed. But another reason surely is . . . that such a suit can be carried on without the necessity of serving process upon the sovereign, or of interfering in any way with such personal property as may be requisite for the due discharge of his functions. The exemption must be taken away for one of three reasons, either those which I have suggested, or a third, that the acquisition of immoveable property amounts to a waiver of privilege.” (*LR* 4 A & E 59, 97-98.)

7. The first of those two paragraphs valuably highlights the distinction between the substantive obligation of the foreign State and the procedural or institutional means by which it is to be enforced or pursued — in the one case the “just demand” was pursued through a court process and

prince. Selon le Chief Justice Marshall, lorsqu'il acquiert un bien à titre privé dans un pays étranger, un prince pourrait être considéré «comme soumettant ce bien à la juridiction territoriale dudit Etat; il peut être considéré comme ayant, dans cette mesure, renoncé à sa qualité de prince, comme étant devenu un simple particulier» (11 *US* 116, p. 145); ou bien, pourrait-on ajouter, les éléments de souveraineté, d'égalité, d'indépendance et de dignité font en pareil cas défaut, et le consentement — celui, cette fois, de l'Etat étranger, qui est généralement implicite — peut, dès lors, être considéré comme consistant à refuser l'immunité. De la même manière, sir Robert Phillimore a mis l'accent sur le fait que le navire qui faisait l'objet de l'instance dont il était saisi «servait aux fins ordinaires du commerce. Il appartenait à ce que l'on peut qualifier de flotte commerciale.» (*LR* 4 A & E 59, p. 99.) Il avait préalablement indiqué ce qui suit :

«L'objet du droit international, dans ce domaine comme dans d'autres, n'est ni de commettre des injustices ni d'empêcher qu'il soit fait droit à une juste demande, mais de substituer au recours ordinaire aux tribunaux — lorsque pareil recours risquerait de porter atteinte à la dignité des représentants d'un Etat étranger ou de les entraver dans l'exercice de leurs fonctions — les négociations intergouvernementales, quoique celles-ci puissent être dilatoires et que l'issue puisse en être lointaine et incertaine. Si, en revanche, le procès ne présente pas l'inconvénient susmentionné, alors tant l'objet du droit international que celui du droit commun sont atteints: s'agissant du premier, par le respect de la dignité personnelle et de la commodité du souverain; s'agissant du second, par l'administration de la justice.

Les exceptions universellement reconnues à la règle générale de l'immunité souveraine démontrent, à l'examen, le bien-fondé de cette proposition. Il est par exemple admis que l'immunité de juridiction ne s'applique pas aux immeubles. Cela peut s'expliquer par le fait que le propriétaire de pareils biens est à ce point intégré dans le système juridique de l'Etat dans lequel ceux-ci se trouvent que l'inconvénient que cela constitue, d'une manière générale, pour les Etats de reconnaître l'exemption de juridiction l'emporte sur l'avantage qui fonde cette exemption en d'autres matières. Une autre raison est cependant assurément ... que pareil procès peut être mené sans qu'il soit besoin de signifier la citation au souverain et sans que cela n'affecte d'une quelconque manière un bien personnel qui serait nécessaire à l'exercice de ses fonctions. L'exemption de juridiction doit donc être écartée, que ce soit pour l'une des raisons susmentionnées, ou encore pour une troisième, à savoir que le fait d'acquérir un immeuble emporte renonciation à ce privilège.» (*LR* 4 A & E 59, p. 97-98.)

7. Le premier de ces deux paragraphes met fort utilement en lumière la distinction entre l'obligation de fond qui incombe à l'Etat étranger et les moyens procéduraux ou institutionnels par lesquels cette obligation doit être exécutée; il est satisfait à la «juste demande», dans un cas, par le biais

in the other the available means was negotiation between States. That distinction between right and process is critical in the law in general and in the present case in particular (see Part III (3) of the Judgment). The second paragraph, in addition to recalling other instances where territorial sovereignty prevails, gives reasons for that result.

8. The Institut de droit international in 1891 in its draft International Rules on the jurisdiction of courts over proceedings against foreign States, sovereigns and heads of State provided an exhaustive list of six situations in which court actions against foreign States were permitted. Included on that list were actions for damages arising from a delict or quasi delict committed on the territory of the forum State (Art. 4 (6)). That list was immediately followed by a bar, among other things, on actions brought against acts of sovereignty (Art. 5). A similar approach can be seen in the resolution on State immunity in relation to jurisdiction and enforcement adopted by the Institut a century later with Ian Brownlie as the Rapporteur (“Contemporary Problems concerning the Immunity of States in relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement” (1991)). Nine criteria are listed as indicating that judicial and other organs of the forum State have jurisdiction and five as giving the opposite indication. Among the first are proceedings “concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State” (Art. 2 (2) (*e*)). Among the latter indications, tending to deny jurisdiction, are (1) “the relation between the subject-matter of the dispute and the validity of the transactions of the defendant State in terms of public international law” (Art. 2 (3) (*b*)), and (2) “the organs of the forum State should not assume the competence to inquire into the content or implementation of the foreign, defence and security policies of the defendant State” (Art. 2 (3) (*d*)).

9. That resolution was adopted just a few weeks after the International Law Commission had completed its draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, the draft which became the basis of the 2004 United Nations Convention. In 1991 the Commission reaffirmed as still generally applicable the commentary it had adopted in 1980, a commentary based on a review of much State practice, including legislation, executive action and court decisions, treaties, and many authorities. The commentary said this, under the heading “Rational Basis of State Immunity”:

“The most convincing arguments in support of the principle of State immunity may be found in international law as evidenced in the usage and practice of States and as expressed in terms of the sovereignty, independence, equality and dignity of States. All these notions seem to coalesce, together constituting a firm international

d'une procédure judiciaire et, dans l'autre, par la négociation entre Etats. Cette distinction est essentielle en droit d'une manière générale, et elle l'est plus particulièrement en la présente espèce (voir le point 3 de la section III de l'arrêt). Le second paragraphe, outre qu'il rappelle d'autres cas dans lesquels la souveraineté territoriale l'emporte, étaye cette conclusion.

8. Dans le projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers, adopté en 1891 par l'Institut de droit international, figure une liste exhaustive de six cas dans lesquels des actions judiciaires peuvent être intentées contre des Etats étrangers. Sur cette liste sont mentionnées les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délict commis sur le territoire de l'Etat du for (art. 4, para. 6). Cette liste est immédiatement suivie d'une interdiction de pareilles actions, notamment en ce qui concerne les actes de souveraineté (art. 5). Une approche similaire ressort de la résolution relative à l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats, que l'Institut a adoptée un siècle plus tard, M. Ian Brownlie ayant exercé les fonctions de rapporteur (« Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats », 1991). Cette résolution énonce neuf critères indicatifs de la compétence des tribunaux ou autres organes de l'Etat du for, et cinq critères indiquant le contraire. Parmi les premiers figurent les actions « concernant le décès ou les dommages corporels de personnes ainsi que la perte ou les dommages aux biens, imputables à des activités d'un Etat étranger ou de ses agents dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for » (art. 2, par. 3, al. *e*). Parmi les seconds critères, indicatifs de l'incompétence, sont mentionnés: 1) « [l]a relation entre l'objet du différend et la légalité des opérations de l'Etat défendeur au regard du droit international public » (art. 2, par. 3, al. *b*); et 2) le fait que « [l]es organes de l'Etat du for ne devraient pas se déclarer compétents pour enquêter sur le contenu ou la mise en œuvre des politiques de l'Etat défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique » (art. 2, par. 3, al. *d*).

9. Cette résolution a été adoptée quelques semaines à peine après que la Commission du droit international (CDI) eut achevé son projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, projet qui a été à la base de la convention des Nations Unies de 2004. En 1991, la CDI a précisé que restait généralement valide le commentaire qu'elle avait adopté en 1980, lequel était fondé sur l'examen d'une grande partie de la pratique étatique, y compris la législation, les actes de l'exécutif et les décisions judiciaires, les traités et nombre d'autres sources faisant autorité. Ce commentaire, qui figurait sous l'intitulé « Fondement rationnel de l'immunité des Etats », se lisait comme suit :

« Les arguments les plus convaincants que l'on puisse avancer à l'appui du principe de l'immunité des Etats se trouvent dans le droit international tel qu'il se dégage des usages et de la pratique des Etats, exprimés en termes de souveraineté, d'indépendance, d'égalité et de dignité des Etats. Toutes ces notions semblent s'unir pour constituer

legal basis for State immunity. State immunity is derived from sovereignty. Between two co-equals, one cannot exercise sovereign will or authority over the other: *par in parem imperium non habet*." (*Yearbook of the International Law Commission (YBILC)*, 1980, Vol. II (2), p. 156, para. 55 of commentary to draft Article 6; *ibid.*, 1991, Vol. II (2), pp. 22-23, para. 5 of commentary to Article 5.)

10. Throughout its work on the topic, the Commission continued to draw the distinction, which had been appearing since early in the nineteenth century between the public and the private, to use that shorthand. In the former sphere, the principles of sovereign equality, independence, reciprocity and dignity, possible risks to international relations, and, if needed, the (implied) consent of the territorial State to the waiving of its territorial jurisdiction prevailed. In the latter, the foreign State, by operating in effect as a private person within the local legal system, either subjected itself to the local law and judicial system or became subject to that law and system. A choice between those alternatives was made by the International Law Commission in its drafting of the eight provisions which now appear in Part III of the United Nations Convention under the heading "Proceedings in which State Immunity Cannot Be Invoked". The phrase "the State is considered to have consented to the exercise of" the local jurisdiction which had been included in four of the provisions in that part was replaced by the phrase "the State cannot invoke" immunity from that jurisdiction (*YBILC*, 1991, Vol. II (2), p. 34, para. 2 of commentary to Article 10). The implied or fictional consent of the foreign State has gone. The propositions supporting territorial sovereignty now appear as statements of general law.

11. With that consideration of principle in mind, I go to the facts which lie at the heart of the claims brought before the Italian courts. German forces inflicted untold suffering on the Italian people during the period from September 1943 until the liberation of Italy in May 1945. Germany acknowledges those facts and their illegality and says that it accepts full responsibility for those terrible events. May the Italian courts exercise jurisdiction over claims, based on those facts, brought against Germany? How is the contest of equal sovereignties to be resolved?

12. One answer proposed by Italy was based on the local tort or delict rule. As indicated, that rule has been long recognized, at least in doctrine; the acts in issue in this case would be plainly unlawful under any conceivable system of national law, as well as under international law. But what is the extent of that rule? The 1891 and 1991 formulations by the Institut de droit international require a territorial element: that the wrong was committed in the territory or within the national jurisdiction of the forum

une base juridique ferme sur laquelle se fonde l'immunité souveraine. L'immunité des Etats découle de la souveraineté. Deux sujets égaux ne peuvent exercer leur volonté ou leur autorité souveraine l'un sur l'autre: *par in parem imperium non habet.*» (*Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 1980, vol. II (deuxième partie), p. 152, par. 55 du commentaire relatif à l'article 6; *ibid.*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 23, par. 1 du commentaire relatif à l'article 5).

10. Tout au long de ses travaux sur le sujet, la CDI a continué d'établir la distinction entre public et privé — pour utiliser un raccourci — qui s'était fait jour au début du XIX^e siècle. Dans la première sphère, les principes d'égalité souveraine, d'indépendance, de réciprocité et de dignité, les risques éventuels pour les relations internationales et, le cas échéant, le fait que l'Etat territorial ait (implicitement) consenti à renoncer à sa compétence territoriale l'emportaient. Dans la seconde sphère, l'Etat étranger, en agissant de fait comme une personne privée dans le cadre du système juridique local, soit se soumettait lui-même au droit et au système judiciaire locaux, soit y devenait assujéti. La CDI, en rédigeant les huit dispositions qui figurent aujourd'hui dans la troisième partie, intitulée «Procédures dans lesquelles les Etats ne peuvent pas invoquer l'immunité», de la convention des Nations Unies, a opéré un choix entre ces deux hypothèses. L'expression «l'Etat est considéré comme ayant consenti à l'exercice de» la compétence locale, qui figurait dans quatre de ces dispositions, a ainsi été remplacée par l'expression «l'Etat ne peut invoquer» l'immunité de juridiction devant ce tribunal (*ACDI*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 34, par. 2 du commentaire relatif à l'article 10). Il n'est donc plus question de consentement implicite ou fictif de l'Etat étranger; les propositions étayant la souveraineté territoriale prennent désormais la forme d'énoncés de droit général.

11. A la lumière de ce qui précède, j'examinerai à présent les faits qui sont au cœur des actions engagées devant les tribunaux italiens. Les forces allemandes ont infligé des souffrances indicibles au peuple italien au cours de la période allant du mois de septembre 1943 jusqu'à la libération de l'Italie, en mai 1945. L'Allemagne reconnaît ces faits et leur caractère illégitime, précisant qu'elle admet pleinement sa responsabilité pour ces terribles événements. Les tribunaux italiens sont-ils alors fondés à exercer leur compétence à l'égard d'actions se rapportant à ces faits et engagées contre l'Allemagne? Comment la contradiction entre des souverainetés égales peut-elle être levée?

12. L'une des réponses avancées par l'Italie était fondée sur la règle du délit ou du quasi-délit local. Ainsi que cela a été précisé, cette règle est admise de longue date, au moins dans la doctrine; de toute évidence, les actes en cause dans la présente affaire seraient illégitimes au regard de tout système juridique national, et illicites en droit international. Quelle est cependant la portée de ladite règle? Ses formulations en 1891 et 1991 par l'Institut de droit international requièrent un élément territorial, à savoir

State (see para. 8 above). The same element appears in a more detailed form in Article 12 of the 2004 United Nations Convention:

“Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.”

13. The whole emphasis in the text of Article 12 and the International Law Commission commentary on it is on the local character of that legal proceeding as well as on its private nature. There must be a right under local law to compensation; the actor must have been in the territory when the act occurred; and that act must have occurred there in whole or in part. According to the Commission, the exception to immunity is “applicable only to cases or circumstances in which the State concerned would have been liable under the *lex loci delicti commissi*”; a local court is the most convenient; and the rule of non-immunity would prevent the possibility of the insurance company hiding behind the cloak of State immunity (most of the injury and damages likely to be covered will be insurable) (*YBILC*, 1991, Vol. II (2), pp. 44-45, paras. 2-4 of commentary to Article 12). The proposition stated in Article 12, assuming it to be a statement of customary international law, and its rationale plainly do not address delictual or tortious acts committed elsewhere, in this case outside Italy.

14. The Commission also contemplates that political assassinations (at the direction or with the knowledge of the foreign State, I assume) would be covered. I can see the force of that even though the act might be said in one sense to be of a very public, governmental, character; it is likely also to be a serious breach of the local law giving rise to civil liability and proceedings in the local courts. To return to the beginning point, as stated by Chief Justice Marshall, of the exclusive jurisdiction of the courts of the local sovereign, I can see no justification in terms of equal sovereignty, independence, dignity, reciprocity or possible risks to international relations, or the implied consent of the territorial sovereign for denying jurisdiction in respect of that violation of the law of the land.

15. Acts committed in the course of armed conflict between States, are, in my view, of a markedly different kind. They are acts at the interna-

que l'acte en question ait été commis sur le territoire ou dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for (voir par. 8 ci-dessus). Ce même élément est énoncé de façon plus détaillée à l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 :

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

13. La disposition précitée ainsi que le commentaire y relatif de la CDI mettent l'accent sur le caractère à la fois local et privé de la procédure judiciaire en question. Le droit local doit prévoir un droit à réparation; l'auteur doit avoir été présent sur le territoire au moment où l'acte s'est produit; et celui-ci doit s'y être produit en totalité ou en partie. Selon la CDI, l'exception à la règle de l'immunité «n'est applicable qu'aux cas dans lesquels l'Etat intéressé aurait été tenu de réparer en vertu de la *lex loci delicti commissi*»; le tribunal le plus indiqué est celui de l'Etat où l'acte a été commis; et la dérogation à la règle de l'immunité permettrait d'empêcher qu'une compagnie d'assurance puisse se retrancher derrière l'immunité de l'Etat (les dommages susceptibles d'être couverts seront, pour la plupart, assurables) (ACDI, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 44-45, par. 2-4 du commentaire relatif à l'article 12). La règle figurant à l'article 12, à supposer qu'elle énonce le droit international coutumier, ainsi que le fondement sur lequel elle repose n'ont manifestement pas trait aux actes délictuels ou quasi délictuels commis ailleurs, en l'espèce en dehors de l'Italie.

14. La CDI est également d'avis que les assassinats politiques (s'ils ont été commis à l'instigation de l'Etat ou si celui-ci en avait connaissance, je présume) tomberaient sous le coup de cette disposition. Cela paraît fondé, quoique pareil acte puisse, d'une certaine manière, être considéré comme étant de nature proprement publique ou gouvernementale; selon toute vraisemblance, il s'agirait aussi d'une violation grave du droit local, qui engagerait la responsabilité civile et donnerait lieu à une action devant les tribunaux locaux. Pour en revenir au point de départ énoncé par le Chief Justice Marshall, celui de la compétence exclusive des juridictions du souverain local, rien ne justifie, selon moi, du point de vue de l'égalité souveraine, de l'indépendance, de la dignité, de la réciprocité ou des risques éventuels pour les relations internationales, ou encore du consentement implicite du souverain territorial, de refuser que soit exercée la compétence à l'égard de pareille violation du droit interne.

15. Les actes commis au cours d'un conflit armé sont en revanche, à mon sens, d'une tout autre nature. Ce sont des actes commis au niveau

tional, inter-State level, of a sovereign nature relating to the implementation of foreign, security and defence policies of the defendant State and are to be assessed according to international law, to return to the terms of the Institut texts (see para. 8 above). Those acts are not acts to be assessed primarily by reference to local law, although they might also involve breaches of local criminal law so far as it incorporates provisions of international law, for instance creating or declaring crimes for which individuals may be individually responsible and in respect of which they are not likely to have immunity.

16. The International Law Commission commentary states flatly that its draft Article 12 does not “apply to situations involving armed conflicts” (*YBILC*, 1991, Vol. II (2), p. 46, para. 10 of commentary to Article 12). While it would have been helpful had the United Nations Convention made it express, as the European Convention does, that the Convention does not apply to claims arising from armed conflicts or from actions of the armed forces (1972 European Convention on State Immunity, Art. 31), the statement of 25 October 2004 by the Chairman of the *Ad Hoc* Committee when introducing the report of that Committee on the draft Convention follows the Commission’s position and is clear: one of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention; the general understanding had always prevailed that they were not (*A/C6/59/SR13*, para. 36; see also the reference in the last preambular paragraphs of General Assembly resolution 59/38, adopting the Convention, to the “statement of the Chairman of the *Ad Hoc* Committee”). Norway and Sweden when ratifying the Convention have made explicit their understandings to similar effect. The Chairman’s statement indicates to me that the exclusion of war claims went almost without saying.

17. Also supporting that exclusion is the analogy provided by national law which in many countries at first recognized the absolute immunity of States from proceedings in their own courts, and later limited it. The ILC said this about the earlier period:

“It was in the nineteenth century that the doctrine of State immunity came to be established in the practice of a large number of States. In common law jurisdictions, especially in the United Kingdom and the United States of America, the principle that foreign States are immune from the jurisdiction of the territorial States has to a large extent been influenced by the traditional immunity of the local sovereign, apart altogether from the application of international comity or *comitas gentium*. In the United Kingdom, at any rate, the doctrine

international et interétatique, revêtant un caractère souverain et ayant trait, pour reprendre les termes employés dans les textes de l'Institut de droit international (voir par. 8 ci-dessus), à la mise en œuvre de la politique de l'Etat défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique, actes qui doivent donc être appréciés au regard du droit international. Ces actes ne doivent pas être principalement appréciés au regard du droit national, et ce, bien qu'ils puissent aussi constituer des violations du droit pénal local, dans la mesure où y sont incorporées des dispositions du droit international, celles, par exemple, qui définissent ou énoncent des crimes à raison desquels la responsabilité des individus peut être engagée et à l'égard desquels ceux-ci ne peuvent pas jouir de l'immunité.

16. Dans son commentaire, la CDI se contente d'indiquer que son projet d'article 12 «ne s'applique pas ... à des situations liées à des conflits armés» (*ACDI*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 48, par. 10 du commentaire relatif à l'article 12). Quoiqu'il eût été utile que fût précisé dans la convention des Nations Unies, comme c'est le cas dans la convention européenne, que cet instrument ne s'applique pas à des demandes liées à des conflits armés ou à des actes commis par des forces armées (convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, art. 3), le président du comité spécial a, dans la déclaration présentant le rapport de son comité sur le projet de convention qu'il a faite le 25 octobre 2004, suivi la position de la CDI en indiquant clairement que l'une des questions qui avaient été posées était celle de savoir si la convention s'appliquait aux activités militaires, ajoutant qu'il avait toujours été généralement admis que tel n'était pas le cas (*A/C6/59/SR13*, par. 36; voir également la référence figurant dans le dernier alinéa du préambule de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, par laquelle a été adoptée la convention, à la «déclaration faite par le président du comité spécial»). La Norvège et la Suède, lorsqu'elles ont ratifié la convention, ont explicitement indiqué qu'elles la comprenaient ainsi. Selon moi, il ressort de la déclaration du président du comité spécial que l'exclusion des réclamations se rapportant à des conflits armés allait presque de soi.

17. Un autre élément venant étayer cette exclusion est l'analogie avec les dispositions du droit national qui, dans bien des pays, ont commencé par reconnaître l'immunité de juridiction absolue des Etats devant leurs propres tribunaux, avant de la limiter. Au sujet de la première période, la CDI a indiqué ce qui suit :

«C'est au XIX^e siècle que la doctrine de l'immunité des Etats s'est imposée dans la pratique d'un grand nombre d'Etats. Dans les juridictions de «common law», notamment au Royaume-Uni et aux Etats-Unis d'Amérique, le principe selon lequel les Etats étrangers ne tombent pas sous le coup de la juridiction de l'Etat territorial a, dans une large mesure, été influencé par la notion d'immunité traditionnelle du souverain local, qui n'a rien à voir avec l'application de la notion de courtoisie internationale ou *comitas gentium*. Au Royaume-Uni, en tout cas, la

of sovereign immunity has been a direct result of the British constitutional usage expressed in the maxim ‘The King cannot be sued in his own courts’. To implead the national sovereign was therefore a constitutional impossibility . . . The immunity of the Crown was later extended to cover also the sovereign heads of other nations, or foreign sovereigns with whom at a subsequent stage of legal development foreign States have been identified.” (*YBILC*, 1980, Vol. II (2), p. 144, para. 9.)

But by 1932 it was possible for those responsible for the extensively researched and carefully prepared Harvard draft convention on the Competence of Courts in regard to foreign States to say that

“Exceptions [to the rule of absolute immunity] . . . have made their appearance as the necessities of modern life have changed and developed. More and more States have adopted legislation by which they have submitted to suits by private persons in their own courts. The old English principle that the King can do no wrong has lost much of its force as an operative legal doctrine.” ((1932) 26 *AJIL* Supp. 527-528; the text was prepared by a group with Professor Philip C. Jessup as reporter.)

The draft accordingly included a number of exceptions to immunity. Twenty years later, Professor Hersch Lauterpacht pressed the national law analogy with reference to recent legislative changes in common law countries limiting the immunity of the local state from court proceedings (“The Problem of the Jurisdictional Immunities of Foreign States” (1951), 28 *BYBIL* 220-221, 233-235). Many of those changes in national law had as their purpose, with reference to the principles of the rule of law and the equality of the State and its citizens under the law, the placing of the State as litigant in the same position as the individual as litigant. To recall the distinction made earlier in this opinion, the new legislation was concerned with the State being made subject to jurisdiction in respect of private law claims. That legislation did not, by contrast, allow claims arising from actions of the armed forces of the State in defence of the State or even more broadly. Such matters were dealt with at the national level by general policies such as war pensions and other measures for the rehabilitation of returned members of the armed forces. (See e.g., P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown*, 3rd ed., 2000, 7 (6) (b).) While that parallelism with private acts is not to be pressed beyond its limits, it is of interest, as Sompong Sucharitkul, the ILC’s first special Rapporteur wrote in 1959, that in Italy

“[t]he doctrine of State immunity was also generally applied by Italian courts in the nineteenth century. But at the very beginning, Italian courts adopted a restrictive view of immunity based upon the

doctrine de l'immunité souveraine est le résultat direct de l'usage constitutionnel anglais exprimé par la maxime «Le Roi ne peut pas être poursuivi devant ses propres tribunaux». Il était donc constitutionnellement impossible de traduire en justice le souverain national... L'immunité de la couronne fut plus tard étendue aux souverains des autres nations ou aux souverains étrangers avec lesquels, à un stade ultérieur de développement du droit, les Etats étrangers ont été identifiés.» (*ACDI*, 1980, vol. II (deuxième partie), p. 140-141, par. 9.)

Dès 1932, les auteurs du projet de convention de Harvard sur la compétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers, projet qui fit l'objet de recherches approfondies et fut rédigé avec le plus grand soin, étaient cependant en mesure d'indiquer ce qui suit :

«Les exceptions [à la règle de l'immunité absolue] sont apparues lorsque les nécessités liées à la vie moderne se sont modifiées et multipliées. Un nombre croissant d'Etats ont alors adopté des lois autorisant que des personnes privées engagent contre eux des actions judiciaires devant leurs propres tribunaux. Aussi le vieux principe anglais selon lequel le souverain ne saurait mal faire a-t-il perdu bien de sa force en tant que théorie juridique applicable.» (*AJIL*, vol. 26 (1932), sup., p. 527-528; texte collectif dont Philip C. Jessup fut le rapporteur.)

Un certain nombre d'exceptions à l'immunité étaient ainsi énumérées dans ce projet. Vingt ans plus tard, M. Hersch Lauterpacht a poursuivi cette analogie avec le droit national en se référant à des changements législatifs récents dans les pays de *common law* limitant l'immunité de l'Etat du for devant ses propres tribunaux («The Problem of the Jurisdictional Immunities of Foreign States», *BYBIL*, vol. 28 (1951), p. 220-221, p. 233-235). Nombre de ces changements visaient, en se référant aux principes de l'Etat de droit et de l'égalité de l'Etat et de ses citoyens devant le droit, à mettre l'Etat dans la même situation que l'individu dans le cadre d'un procès. Pour reprendre la distinction établie plus haut, ces nouvelles lois avaient pour objet de soumettre l'Etat à la compétence des tribunaux dans le cadre d'actions de droit privé; en revanche, elles ne permettaient pas que soient engagées contre l'Etat des actions ayant trait aux actes de ses forces armées agissant dans le cadre de sa défense, ni même dans un cadre plus général. Pareilles questions étaient régies sur le plan national par des politiques générales telles que celles concernant les pensions de guerre et d'autres mesures tendant à la réinsertion des membres des forces armées démobilisés (voir, par exemple, P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown*, 3^e éd., 2000, 7 (6) b)). Quoiqu'il ne faille pas prolonger par trop ce parallèle avec les actes privés, il est intéressant de relever qu'en Italie, ainsi que Sompong Sucharitkul, le premier rapporteur spécial de la CDI l'a précisé en 1959,

«la doctrine de l'immunité de l'Etat a également, en règle générale, été appliquée par les tribunaux italiens au XIX^e siècle. Dès le départ, ces tribunaux ont cependant adopté une conception restrictive de

double personality of the State. This was principally because in Italy the local sovereign himself was subject to the jurisdiction of an Italian judge in respect of acts performed in his private capacity.” (*State Immunities and Trading Activities in International Law*, 1959, p. 11.)

18. At the international level, claims in respect of war damages and losses against former belligerents are in practice dealt with by inter-State negotiations and agreements, as shown in the present case by the treaties of 1947 and 1961 (see paragraphs 22 and 24-25 of the Judgment); such agreements deal with the claims of loss on a general footing, often on a reciprocal basis and not by way of individual claims, whether based on fault or not. That international practice recognizes consequences of the widespread devastation and destruction that follow major armed conflicts. That destruction, along with the overwhelming need for former belligerent States to reconstruct their societies and their economies, as recognized in that practice, makes completely impracticable, as best as I understand the matter, the Italian proposition in these terms:

“States (both the State of the victims and the State which is responsible for the violations) when negotiating . . . agreements [for war damages] must ensure that (a) all categories of (if not all individual) victims of war crimes are covered; (b) there be sufficient financial means to make the reparation more than symbolic; (c) there be appropriate mechanisms for ensuring that the reparation is made to the victims. Thus, it would not be sufficient for a State just to say that the counterpart agreed to waive all claims in exchange for a sum of money. There must be certainty that the sum of money is sufficient and appropriate; there must be criteria for the identification of victims and for its distribution to victims.” (Counter-Memorial of Italy, para. 5.26.)

How could the stated requirements (a) and (b) possibly be satisfied in Europe following six years of unrelenting warfare? In practice any reparation received has often, and understandably, been used by States for general recovery purposes. And (c) is not an obligation recognized in law or always in fact.

19. Professor Louis Henkin, referring primarily to many post-war settlement agreements concluded by the United States throughout its history, has said that:

“governments have dealt with such private claims as their own, treating them as national assets, and as counters, ‘chips’, in international bargaining. Settlement agreements have lumped, or linked, claims deriving from private debts with others that were intergovernmental in origin, and concessions in regard to one category of claims might be set off against concessions in the other, or against larger political

l'immunité fondée sur la double personnalité de l'Etat. Cela résultait essentiellement de ce que, en Italie, le souverain local lui-même était soumis à la compétence du juge italien à l'égard des actes accomplis à titre privé. » (*State Immunities and Trading Activities in International Law*, 1959, p. 11.)

18. Sur le plan international, les réclamations relatives aux dommages et pertes de guerre contre d'anciens belligérants sont, en pratique, traitées dans le cadre de négociations et d'accords interétatiques, ce qu'attestent, en la présente espèce, les traités de 1947 et de 1961 (voir paragraphes 22 et 24-25 de l'arrêt); dans ces accords, ces réclamations sont examinées d'une manière générale et souvent réciproque, et non au cas par cas, en recherchant ou non l'existence d'une faute. De par cette pratique internationale sont reconnues les conséquences des importants ravages que provoquent les grands conflits armés. Ces ravages, auxquels s'ajoute la nécessité impérieuse, pour les anciens Etats belligérants, de reconstruire leurs sociétés et leurs économies — nécessité reconnue par ladite pratique —, semblent rendre totalement irréaliste la thèse de l'Italie, telle qu'ainsi exposée :

« Lorsque les Etats (aussi bien l'Etat des victimes que celui qui est responsable des violations) négocient de[s] accords [ayant trait aux dommages de guerre], ils doivent veiller à ce que : *a*) toutes les catégories de victimes des crimes de guerre (si ce n'est la totalité des victimes individuelles) soient visées; *b*) il existe des ressources suffisantes afin que la réparation soit plus que symbolique; *c*) il existe des mécanismes appropriés permettant de s'assurer que les victimes ont été indemnisées. Il ne serait donc pas suffisant qu'un Etat se contente d'affirmer que l'autre partie avait consenti à renoncer à toutes les réclamations en échange d'une somme d'argent. Il doit être garanti que le montant est suffisant et approprié; des critères doivent être prévus pour l'identification des victimes et pour la répartition du montant entre ces dernières. » (Contre-mémoire de l'Italie, par. 5.26.)

Comment aurait-il bien pu être satisfait aux exigences énoncées aux points *a*) et *b*) en Europe, après six années d'une guerre acharnée? Dans la pratique, l'ensemble des réparations perçues ont, le plus souvent, été utilisées par les Etats à des fins de reconstruction générale, ce qui est d'ailleurs tout à fait compréhensible. Enfin, le point *c*) n'est pas une obligation reconnue en droit, et elle ne l'est pas toujours en fait.

19. Se référant, pour l'essentiel, à de nombreux accords de règlement d'après guerre conclus par les Etats-Unis d'Amérique à travers l'histoire, Louis Henkin a précisé ce qui suit :

« les gouvernements ont traité ces réclamations privées comme s'il s'agissait de leurs propres réclamations, les utilisant dans le cadre de négociations internationales comme autant d'atouts ou de jokers dans un jeu de cartes. Dans les accords de règlement, les réclamations découlant de créances privées ont été agrégées, ou associées, à d'autres réclamations qui, à l'origine, étaient de nature intergouvernementale;

considerations unrelated to debts. In result, except as an agreement might provide otherwise, international claims settlements generally wipe out the underlying private debt, terminating any recourse under domestic law as well . . .

Often there was no assurance that the lump sum settlement was the best ‘deal’ that citizens were not sacrificed to some other national interest; often, surely, one could not be certain that the private party recovered the full ‘value’ of his (her) claim.” (*Foreign Affairs and the US Constitution*, 2nd ed., 1996, p. 300.)

The United States Court of Appeals for the District of Columbia recently quoted the first part of that passage and, in terms of “larger political considerations”, recalled a position stated in 1952 by the United States in relation to the Peace Treaty with Japan of 1951 :

“Obviously insistence upon payment of reparations in any proportion commensurate with the claims of the injured countries and their nationals would wreck Japan’s economy, dissipate any credit that it may possess at present, destroy the initiative of its people, and create misery and chaos in which the seeds of discontent and communism would flourish.” (*Joo v. Japan* (2005) 413 F. 3d 45, 52.)

That very long-established practice, recognizing harsh post-war realities and the need for former enemy States to establish new relationships, strongly supports the conclusion that a former belligerent State may not be subject, without its consent, to the jurisdiction of a foreign court in cases such as those which are the subject of the present proceedings.

20. To conclude, I emphasize again that the Judgment in the present case does not in any way deny the responsibility of Germany for the dreadful violations of international law it committed against Italian citizens between 1943 and 1945. Germany has indeed, in the words of its Agent before the Court, “accepted full responsibility [for] the terrible war time events”. But that responsibility, along with the related obligations, is not before the Court. What is before the Court is only Germany’s claim to immunity from the jurisdiction of Italian courts over the proceedings based on those events brought against it by individual Italian citizens.

(Signed) Kenneth KEITH.

dans ce cadre, des concessions peuvent être faites en ce qui concerne une catégorie de réclamations en échange de concessions concernant une autre catégorie, ou en raison de considérations politiques plus générales sans lien avec une quelconque créance. En conséquence, à moins qu'ils n'en disposent autrement, les accords de règlement internationaux effacent généralement la créance privée sous-jacente, mettant ainsi fin à toute possibilité de recours en vertu du droit national...

Le plus souvent, rien ne garantissait que le règlement global était la meilleure « affaire », que les citoyens n'étaient pas sacrifiés à d'autres intérêts nationaux ni, c'est certain, que le particulier était totalement indemnisé. » (*Foreign Affairs and the US Constitution*, 2^e éd. (1996), p. 300.)

La Cour d'appel des Etats-Unis d'Amérique pour le district de Columbia a récemment cité la première partie de ce passage et, s'agissant des « considérations politiques plus générales », rappelé ce qu'avaient indiqué les Etats-Unis d'Amérique en 1952 au sujet du traité de paix conclu l'année précédente avec le Japon :

« De toute évidence, le fait d'insister pour que soient versées des réparations proportionnelles aux revendications formées par les pays victimes et leurs nationaux anéantirait l'économie du Japon, supprimerait tout crédit dont ce pays peut encore bénéficier aujourd'hui, annihilerait toute initiative de son peuple et engendrerait la misère et le chaos, terrain sur lequel le mécontentement et le communisme risqueraient alors de se développer. » (*Joo c. Japan* (2005), 413 F. 3d 45, p. 52.)

Cette pratique établie de fort longue date, qui reconnaît les dures réalités d'après guerre ainsi que la nécessité, pour les anciens Etats ennemis, d'établir de nouvelles relations, étaye fermement la conclusion selon laquelle un ancien Etat belligérant ne saurait, sans son consentement, être soumis à la compétence d'un tribunal étranger dans des affaires telles que celles qui faisaient l'objet de la présente instance.

20. Pour conclure, je soulignerai de nouveau que le présent arrêt ne nullement la responsabilité de l'Allemagne pour les atroces violations du droit international qu'elle a commises à l'encontre de citoyens italiens entre 1943 et 1945. D'ailleurs, pour reprendre les termes employés par son agent devant la Cour, l'Allemagne « a reconnu sa pleine responsabilité à l'égard des terribles événements qui se sont déroulés pendant la seconde guerre mondiale ». Ce n'est cependant pas cette responsabilité, ni les obligations qui en découlent, dont la Cour a eu à connaître. Ce dont la Cour a eu à connaître, c'est uniquement la prétention de l'Allemagne à l'immunité de juridiction devant les tribunaux italiens à l'égard des actions fondées sur lesdits événements qui ont été engagées contre elle par des citoyens italiens.

(Signé) Kenneth KEITH.