

**COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE**

**AFFAIRE RELATIVE AUX IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ÉTAT**

**(ALLEMAGNE c. ITALIE)**

**DUPLIQUE DE L'ITALIE**

**10 JANVIER 2011**

*[Traduction du Greffe]*

---

\* Nouveau tirage pour raisons techniques.

## Table des matières

I. L'objet du différend après l'ordonnance rendue par la Cour le 6 juillet 2010.....	1
II. Observations générales sur la réplique de l'Allemagne.....	2
III. Le fait que les victimes italiennes de crimes nazis n'ont pas obtenu réparation est le principal élément qui a convaincu les juges italiens de ne pas accorder l'immunité de juridiction à l'Allemagne .....	6
Section I. La question de la réparation reste au cœur du présent différend .....	6
Section 2. L'absence de réparations appropriées forme le contexte dans lequel s'inscrit la jurisprudence italienne qui a donné naissance au présent différend .....	7
Section 3. Le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 et l'évolution ultérieure .....	8
Section 4. Les accords de 1961 et leurs clauses de renonciation .....	13
Section 5. Le nombre important de victimes n'ayant pas obtenu réparation .....	14
Section 6. Le pouvoir des Etats de conclure des accords prévoyant l'indemnisation des victimes de violations graves du droit international humanitaire .....	15
Section 7. Conclusion .....	17
IV. L'incidence de l'évolution du droit international sur l'application des principes relatifs à l'immunité des Etats.....	18
Section 1. La question de l'élément temporel.....	18
Section 2. La clause territoriale.....	19
Section 3. Les incidences du <i>jus cogens</i> sur le droit de l'immunité des Etats .....	21
Section 4. Dans les circonstances de l'espèce, le comportement des juges italiens doit être considéré comme justifié .....	26
Conclusion.....	28

3

Dans la présente duplique, déposée dans les délais fixés par la Cour internationale de Justice (ci-après la «Cour») dans l'ordonnance du 6 juillet 2010, la République italienne (ci-après l'«Italie») expose ses objections aux arguments avancés par la République fédérale d'Allemagne (ci-après l'«Allemagne») dans sa réplique et explique notamment pourquoi la décision de la Cour de déclarer irrecevable *ratione temporis* sa demande reconventionnelle ne modifie en rien les conclusions par lesquelles elle demande à la Cour de dire et juger que toutes les demandes de l'Allemagne doivent être rejetées.

### I. L'OBJET DU DIFFÉREND APRÈS L'ORDONNANCE RENDUE PAR LA COUR LE 6 JUILLET 2010

1.1. La Cour a déclaré irrecevable la demande reconventionnelle de l'Italie au motif que «le différend dont l'Italie entend[ait] la saisir par [cette] voie ... concern[ait] des faits et situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention européenne entre les Parties» et qu'il était «donc exclu du champ d'application temporel de la convention»<sup>1</sup>. Or, si la Cour a établi que la demande reconventionnelle était «irrecevable comme telle»<sup>2</sup>, elle a néanmoins déclaré que «la procédure concernant les demandes présentées par l'Allemagne se poursui[vai]t»<sup>3</sup>. Rien n'empêche donc l'Italie d'invoquer les événements auxquels elle se référait dans sa demande reconventionnelle ainsi que les obligations de réparation dont l'Allemagne ne s'était pas acquittée comme «moyen de défense au fond»<sup>4</sup> contre les demandes de l'Allemagne, c'est-à-dire aux fins de déterminer si, en écartant l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne, les juges italiens saisis par des victimes de crimes nazis cherchant à obtenir réparation ont commis ou non un fait internationalement illicite imputable à l'Etat italien.

4

1.2. C'est en outre ce que l'Allemagne elle-même admet implicitement mais clairement dans sa réplique. Les nombreux arguments qu'elle avance pour tenter de démontrer qu'elle n'a pas commis de fait internationalement illicite, alors qu'elle n'a pas accordé réparation aux internés militaires italiens (ou aux victimes des massacres nazis en Italie, qu'elle passe totalement sous silence dans ses dernières conclusions), prouvent en eux-mêmes que l'Allemagne est pleinement consciente que la Cour ne peut déterminer si son comportement à cet égard justifie ou non le refus de l'immunité sans examiner cette question. En d'autres termes, si l'ordonnance empêche l'Italie de maintenir sa demande reconventionnelle dans la présente affaire, elle n'a évidemment aucune incidence sur la résolution de la question soulevée par la demande principale de l'Allemagne, et en particulier elle n'empêche pas l'Italie d'utiliser les arguments sur lesquels elle avait fondé sa demande reconventionnelle pour réfuter cette demande. Dès lors, la surprenante allégation de l'Allemagne selon laquelle «la défense italienne s'est pratiquement effondrée en conséquence de la décision rendue par la Cour le 6 juillet 2010»<sup>5</sup> est dépourvue de tout fondement, tout comme l'assertion selon laquelle «il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur» les observations formulées par l'Italie à propos des réparations, lesquelles ne seraient dès lors «pas pertinentes aux fins de la présente instance»<sup>6</sup>. Au contraire, la question de l'absence de réparation est cruciale pour le règlement du différend relatif à l'immunité : la compétence de la Cour pour l'examiner à titre incident est par conséquent incontestable.

---

<sup>1</sup> Ordonnance du 6 juillet 2010, par. 30.

<sup>2</sup> *Ibid.*, conclusions, par. 35 A).

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 34.

<sup>4</sup> *Ibid.*, par. 13.

<sup>5</sup> Réplique de l'Allemagne (ci-après «RA»), par. 9.

<sup>6</sup> RA, par. 39.

1.3. En fait, il convient de souligner de nouveau que l'origine du différend dont l'Allemagne a saisi la Cour réside précisément dans le fait qu'aucune réparation n'a été accordée à la vaste majorité des victimes italiennes d'atrocités de guerre et crimes contre l'humanité perpétrés par les nazis dans la dernière phase de la seconde guerre mondiale. La question que la Cour est appelée à trancher est de savoir s'il convient — ce que l'Italie soutient et que l'Allemagne conteste — d'accorder de l'importance au refus d'octroyer des réparations aux fins d'établir si, dans le cadre des actions intentées par les victimes de ces crimes, les juges italiens ont effectivement engagé la responsabilité internationale de l'Italie en estimant qu'ils devaient, à titre exceptionnel, écarter l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne en raison des caractéristiques très particulières des affaires en question. Il s'agissait de particuliers qui n'avaient jamais eu la possibilité d'obtenir une indemnisation alors qu'ils avaient été victimes d'actes engageant indéniablement la responsabilité internationale de l'Allemagne et dont nul ne conteste qu'ils constituaient des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

## II. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA RÉPLIQUE DE L'ALLEMAGNE

2.1. Le postulat sur lequel repose le raisonnement de l'Allemagne est ainsi résumé dans sa réplique : « l'évolution récente dans le domaine des droits de l'homme, en particulier l'émergence du concept de *jus cogens*, n'a pas aboli le régime de l'immunité juridictionnelle. Les Etats tirent leur droit d'être affranchis de la juridiction des tribunaux des autres Etats du principe de l'égalité souveraine, qui constitue l'un des piliers de l'ordre juridique international (paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies) et peut également être considéré comme une règle du *jus cogens*.<sup>7</sup> »

2.2. Contrairement à ce que prétend l'Allemagne, l'Italie n'a pas contesté dans son contre-mémoire — et se garde bien de contester aujourd'hui — l'importance de la règle de droit international selon laquelle, en principe, chaque Etat doit accorder aux autres Etats l'immunité juridictionnelle devant ses tribunaux pour les actes *jure imperii*. Toutefois, il convient de souligner immédiatement qu'une telle reconnaissance n'empêche pas l'acceptation de l'idée suggérée par l'Allemagne (et assurément fautive) selon laquelle cette règle doit être considérée comme relevant du *jus cogens* : il est incontestable, par exemple, que le bénéficiaire d'une règle du *jus cogens* ne saurait renoncer à son application en sa propre faveur et exonérer un autre Etat de son obligation de s'y conformer, mais il ne fait par ailleurs aucun doute qu'un Etat peut légitimement renoncer à son immunité juridictionnelle et se soumettre volontairement à un tribunal étranger. De même, une renonciation à l'immunité souveraine convenue entre Etats dans le cadre d'un accord international spécial n'invaliderait certainement pas celui-ci (comme cela serait le cas si la règle de l'immunité était de nature impérative).

2.3. Néanmoins, bien qu'elle considère comme absolument fondamentale la règle de l'immunité pour ce qui est des actes *jure imperii* (sans toutefois y voir une règle de *jus cogens*), l'Italie est convaincue que — comme elle l'a déjà montré dans son contre-mémoire — cette règle est sujette à dérogations ou que des exceptions plus importantes que celles admises par l'Allemagne — de plus en plus nombreuses — peuvent lui être apportées. L'Italie ne demande pas à la Cour d'« inventer » un nouveau droit en évaluant la probabilité et l'étendue de ces dérogations et exceptions, mais simplement de déterminer les conséquences juridiques qui découlent de principes de droit international déjà pleinement en vigueur. C'est dans cette perspective très restreinte qu'il est possible d'identifier des cas limites dans lesquels il peut être justifié de ne pas reconnaître l'immunité d'un Etat pour des actes *jure imperii* : des cas limites concernant des situations tout à fait particulières, qui se caractérisent par des violations graves et unanimement reconnues de normes impératives et un refus catégorique d'accorder réparation aux victimes.

---

<sup>7</sup> RA, par. 3.

Admettre l'existence de cas aussi extrêmes n'entraînerait pas les conséquences catastrophiques envisagées par l'Allemagne.

6 2.4. En effet, l'Allemagne tente très précisément de faire croire que l'argument italien risque d'avoir des conséquences catastrophiques parce qu'il pourrait entraîner la réouverture, devant les tribunaux italiens, d'un différend sans fin au sujet de toutes les violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale, alors qu'une série d'accords entre Etats ont traité et résolu, à l'échelon international, les questions de réparation, réglant définitivement ces litiges, et qu'il serait impensable de les remettre en cause.

2.5. L'Italie ne partage pas ce point de vue. Elle ne nie en aucun cas que, «dans les relations interétatiques, [il soit possible] de régler, de manière mûrement réfléchie, par voie de négociation ou de traités, la question des dommages»<sup>8</sup>. Mais, pour l'Italie, il convient en premier lieu d'analyser et d'interpréter les accords invoqués par l'Allemagne afin de déterminer s'ils ont effectivement et clairement clos, d'une manière conforme au droit, la question des réparations en faveur des victimes italiennes des nombreux crimes perpétrés par les autorités nazies. Si tel n'était pas le cas, l'obligation de réparation de l'Allemagne perdurerait et, des réparations ayant été refusées à la plupart des victimes, la question se poserait de savoir si le refus de l'immunité juridictionnelle pourrait être justifié en l'espèce pour permettre aux victimes elles-mêmes d'avoir accès à l'unique recours dont elles pourraient encore se prévaloir pour obtenir ces réparations, à savoir la saisine des tribunaux internes.

7 2.6. Il convient cependant de tenir compte d'un autre aspect : si les accords en question devaient être interprétés comme ayant simplement exonéré l'Allemagne de son obligation d'accorder aux victimes italiennes réparation des crimes odieux commis par les autorités nazies, il serait impossible de prétendre qu'ils ont été conclus «de manière mûrement réfléchie» : ils seraient *ipso facto*, au moins à cet égard, contraires aux principes impératifs de droit international qui existaient déjà à l'époque et qui, en tout cas, existent indiscutablement de nos jours. Ces principes sont donc pertinents dans tous les cas, c'est-à-dire même à l'égard de traités internationaux préexistants, car constituant dès lors des normes de *jus cogens superveniens* (article 64 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités)<sup>9</sup>. En d'autres termes, ces accords doivent être interprétés en conformité avec ces principes, ce qui exclut qu'ils aient pu purement et simplement éteindre l'obligation de réparation. Il en découle que la Cour demeure tenue de déterminer si le refus illicite d'accorder réparation pour les crimes nazis a des incidences sur l'immunité de l'Etat devant les tribunaux internes, lorsque la saisine desdits tribunaux constitue, pour les victimes, l'unique moyen viable d'obtenir réparation.

2.7. Bien entendu, la question prendrait un tout autre aspect si les victimes avaient la possibilité d'obtenir une réparation adéquate sans saisir les tribunaux italiens, ce qui n'est pas le cas actuellement. L'Italie tient à rappeler qu'elle est tout à fait disposée — comme elle l'a déjà indiqué précédemment dans son contre-mémoire — à entamer de nouvelles négociations avec l'Allemagne à cet égard, car elle est fermement convaincue que cela permettrait d'apporter des solutions satisfaisantes à la situation actuelle.

---

<sup>8</sup> RA, par. 4.

<sup>9</sup> Il convient de souligner que, quand bien même l'assertion que fait l'Allemagne au paragraphe 57 de sa réplique (à savoir que «le *jus cogens*, en tant que notion de droit international positif, n'a[urait] émergé que dans les quarante dernières années, bien après les événements de la seconde guerre mondiale») serait correcte, cela n'enlèverait rien à la nécessité de tenir compte des nouvelles règles impératives de droit international aux fins de l'interprétation et de l'application des traités existants.

2.8. Avant d'en venir aux questions qui sont au cœur de la présente affaire et de répondre aux arguments avancés par l'Allemagne dans sa réplique, l'Italie estime qu'il convient de réfuter d'emblée les critiques injustifiées formulées à l'égard des termes qu'elle a utilisés dans son contre-mémoire, et que l'Allemagne juge erronés et excessifs alors qu'elle les a tout simplement mal compris. Les critiques en question visent l'expression «immunité ne signifie pas impunité», plusieurs fois employée par l'Italie et qui reprend une formule célèbre de la Cour internationale de Justice<sup>10</sup>. Pour contester l'utilisation de cette expression par l'Italie, l'Allemagne exprime de vigoureuses protestations, qui sont toutefois inappropriées, arguant que la Cour faisait référence à la responsabilité pénale de particuliers accusés de crimes internationaux, tandis que dans la présente affaire c'est la responsabilité internationale (et non pénale) de l'Etat allemand qui est en jeu<sup>11</sup>.

8

2.9. L'Italie est bien consciente que la responsabilité de l'Allemagne nazie à raison des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qu'elle a commis, responsabilité qui incombe désormais à une Allemagne démocratique (ainsi qu'elle l'admet d'elle-même)<sup>12</sup>, revêt un caractère international et non pénal, comme le confirme en outre la jurisprudence bien connue de la Cour<sup>13</sup>. Dès lors, en citant l'expression «immunité ne signifie pas impunité», l'Italie n'entendait nullement faire allusion à une sorte de responsabilité pénale collective de l'Etat allemand, pas plus qu'elle ne remettait en cause l'effort financier considérable consenti par l'Allemagne pour réparer les dommages de guerre. Il est également indéniable — et l'Italie ne le conteste pas dans son contre-mémoire — que l'expression a été utilisée par la Cour internationale de Justice à propos de crimes individuels. Il convient néanmoins de souligner que le concept fondamental contenu dans l'expression en question est également tout à fait pertinent en matière d'immunité de l'Etat. Notre objectif est en fait de mettre en exergue une vérité irréfutable que l'Allemagne ne peut selon nous que partager : l'immunité juridictionnelle dont jouit un sujet en vertu du droit international ne saurait l'exonérer du respect des obligations internationales qui sont les siennes ni l'absoudre de toute responsabilité en cas de violation de ces obligations (avec toutes les conséquences qui en découlent, notamment celle des réparations). L'argument de l'Italie en ce qui concerne la présente affaire est précisément qu'«immunité signifierait impunité» si l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne devait également être reconnue dans des affaires exceptionnelles où : a) des violations graves de normes internationales impératives pour lesquelles l'Allemagne admet que sa responsabilité internationale est engagée ont indubitablement été commises ; b) aucune mesure de réparation effective n'a été proposée aux victimes, que ce soit directement (par l'ouverture de recours internes effectifs) ou par le biais d'accords internationaux avec l'Etat de nationalité ; et c) la seule voie qui demeure ouverte aux victimes pour obtenir réparation est la saisine des

---

<sup>10</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Recueil 2002*, par. 60.

<sup>11</sup> RA, par. 11.

<sup>12</sup> Mémoire de l'Allemagne (ci-après «MA»), p. 1-2 et par. 3, 7, 15 et 59.

<sup>13</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, par. 170 : «La Cour se penchera à présent sur trois arguments avancés par le défendeur qui peuvent être considérés comme allant à l'encontre de la thèse selon laquelle la Convention impose aux parties contractantes l'obligation de ne pas commettre de génocide ni aucun des autres actes énumérés à l'article III. Selon le premier de ces arguments, en vertu d'un principe généralement établi, le droit international ne connaît pas de responsabilité pénale de l'Etat, et la convention sur le génocide ne comporte pas de mécanisme permettant d'en établir une. Quant au principe, le défendeur attire l'attention sur le rejet par la CDI, lors de la rédaction du projet final de ses articles sur la responsabilité de l'Etat, du concept de crime international – décision qui traduit les réactions résolument négatives d'un certain nombre d'Etats face à toute notion de ce type. Le demandeur admet que le droit international général ne connaît pas de responsabilité pénale de l'Etat. Il soutient, sur ce point précis, que l'obligation dont la violation peut engager la responsabilité du défendeur dans le cadre d'une instance introduite en vertu de l'article IX est simplement une obligation relevant du droit international, en l'occurrence les dispositions de la Convention. *La Cour fait observer que les obligations en cause en l'espèce telles qu'elles résultent des termes de la Convention et les responsabilités qui découleraient pour les Etats de la violation de telles obligations sont des obligations et des responsabilités relevant du droit international, et ne sont pas d'ordre pénal. Cet argument ne saurait dès lors être accueilli.*» (Les italiques sont de nous.)

9 tribunaux nationaux. Ce sont précisément les conditions qui prévalent dans le cas des internés militaires italiens et des victimes des massacres, comme l'a démontré l'Italie dans son contre-mémoire et comme elle le démontre à nouveau dans la présente duplique.

2.10. Une dernière observation d'ordre général s'impose au sujet de l'accusation formulée par l'Allemagne faisant état d'incohérence de la part des juges italiens. Cette accusation repose sur la décision n° 8457 rendue par la cour de cassation italienne (*Corte di Cassazione*) le 5 juin 2002 en l'affaire *Markovic*<sup>14</sup>, dans laquelle celle-ci a estimé que les juridictions italiennes n'avaient pas compétence pour connaître d'une action en responsabilité (civile) contre l'Etat italien visant à faire exécuter l'obligation de réparation de cet Etat à raison d'un dommage résultant d'un acte de violence militaire (conjointement) imputable à l'Italie accompli en 1999 dans le cadre des opérations de l'OTAN en Serbie-et-Monténégro (le bombardement de la station de radio et de télévision à Belgrade). Selon les termes employés par la Cour de cassation, la demande des intéressés tendait à ce que soit attribuée à l'Etat italien «une responsabilité que l'on fait dépendre d'un acte de guerre, plus particulièrement d'une ligne de conduite des hostilités de guerre qui s'exprime par la guerre aérienne» ; en fait, les intéressés lui demandaient de déterminer si le bombardement en question visait une cible devant être considérée comme civile, et non militaire, et, le cas échéant, de déclarer que, comme ils le soutenaient, cette opération armée constituait une violation des règles pertinentes du droit international des conflits armés. Ainsi que l'Allemagne l'a indiqué, la Cour de cassation a conclu à un défaut de compétence en précisant que

«[L]e choix d'une ligne de conduite des hostilités fait partie des actes de gouvernement. Ce sont des actes qui constituent la manifestation d'une fonction politique, et leur attribution à un organe constitutionnel est prévue dans la Constitution : fonction qui de par sa nature est telle que l'on ne peut faire valoir, par rapport à celle-ci, une situation d'intérêt protégé... Par rapport à des actes de ce type, aucun juge n'a le pouvoir de contrôler la façon dont la fonction a été exercée.»<sup>15</sup>

10

Selon l'Allemagne, il y aurait une incohérence flagrante entre cette approche favorable à l'Etat italien et celle qu'a adoptée la même Cour de cassation à l'égard de l'Allemagne dans l'affaire *Ferrini* et dans des affaires ultérieures. A cet égard, il est indiqué dans la réplique que «la Cour de cassation juge irrecevables des actions introduites contre l'Italie devant des juridictions italiennes lorsqu'elles concernent des activités militaires, alors qu'elle n'a, en revanche, aucun scrupule à se prononcer sur le fond de demandes formées contre l'Allemagne relativement à des activités militaires menées sur le territoire italien»<sup>16</sup>.

2.11. Cette critique de l'Allemagne est cependant infondée puisque les situations à l'examen sont tout à fait différentes et ne peuvent être comparées sur aucun point pertinent. Premièrement, l'affaire *Markovic* portait sur l'application de règles et de principes du droit interne italien ayant trait à la répartition des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire, et non à l'application de règles du droit international relatives à l'immunité de juridiction des Etats ; la Cour européenne des droits de l'homme n'a d'ailleurs pas manqué de le relever<sup>17</sup>. Deuxièmement — et surtout —, ce que les requérants, *Markovic* et autres, demandaient à la cour de cassation était d'examiner et d'apprécier un comportement adopté en temps de guerre (conjointement) imputable à l'Etat italien, aux fins de déterminer s'il constituait ou non un crime de guerre et d'en tirer, le cas échéant, les conséquences en matière d'obligations de réparation en leur faveur. Dans l'affaire *Ferrini* et dans les autres

---

<sup>14</sup> MA, annexe 28.

<sup>15</sup> Traduction du Greffe établie à partir du texte anglais fourni par l'Allemagne ; MA, par. 57.

<sup>16</sup> RA, par. 55.

<sup>17</sup> Cour européenne des droits de l'homme [Grande Chambre], affaire *Markovic et autres c. Italie*, requête n° 1398/03, arrêt du 14 décembre 2006, par. 111 et 113.

affaires dont la Cour de cassation a eu à connaître par la suite, en revanche, la partie allemande ne contestait ni le fait que les actes à l'examen perpétrés par les autorités nazies constituaient des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, ni sa responsabilité à cet égard (elle s'était en effet contentée d'invoquer son immunité de juridiction vis-à-vis des tribunaux italiens). Ainsi que l'Allemagne l'a expressément reconnu à maintes reprises, il en va de même en la présente espèce portée devant la Cour internationale de Justice.

11

2.12. Il n'est pas non plus indifférent de relever que les actions militaires menées en 1999 par l'OTAN en Serbie étaient susceptibles de faire l'objet d'un examen judiciaire par le tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie, qui a autorité pour déterminer si des crimes de guerre ont ou non été commis au cours de ces opérations. Comme chacun sait, tel n'a pas été le cas, puisque le procureur du TPIY a jugé qu'il n'y avait pas matière à demander aux organes judiciaires de procéder à un tel examen<sup>18</sup>. Quoi qu'il en soit, il existait donc une juridiction internationale ayant compétence pour se prononcer sur la question de savoir si des crimes de guerre avaient été commis par les forces de l'OTAN, et il est clair que toute réponse positive aurait ouvert aux victimes de tels crimes des voies de recours par lesquelles elles auraient pu obtenir réparation auprès des parties responsables. En revanche, les victimes italiennes des crimes de guerre et crimes contre l'humanité incontestablement perpétrés par l'Allemagne nazie (et dont l'Allemagne démocratique assume aujourd'hui l'entière responsabilité) n'ont pas eu accès à un quelconque moyen approprié d'obtenir réparation. L'application par les juridictions italiennes du principe de l'immunité de juridiction invoqué par l'Allemagne reviendrait donc à priver les victimes du seul moyen d'éviter de subir un grave déni de justice.

### **III. LE FAIT QUE LES VICTIMES ITALIENNES DE CRIMES NAZIS N'ONT PAS OBTENU REPARATION EST LE PRINCIPAL ÉLÉMENT QUI A CONVAINCU LES JUGES ITALIENS DE NE PAS ACCORDER L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION À L'ALLEMAGNE**

#### **Section I. La question de la réparation reste au cœur du présent différend**

3.1. Ainsi qu'elle l'a précisé plus haut, l'Italie considère qu'il est important de s'intéresser à l'autre versant des choses, à savoir la question des réparations. Rien n'interdit en effet à la Cour de se pencher sur cette question cruciale en recherchant si l'Italie a ou non violé une quelconque obligation relative aux immunités de juridiction que l'Allemagne tient du droit international<sup>19</sup>.

3.2. L'Italie soutient que le fait que les centaines de milliers de victimes italiennes de crimes de guerre n'ont pour ainsi dire pas obtenu réparation et l'absence de toute voie de recours effective à cette fin justifiaient la décision prise par les juges italiens d'écarter l'immunité de l'Allemagne.

3.3. En la présente espèce, nul ne conteste que les actes illicites commis par l'Allemagne pendant la seconde guerre mondiale constituent de «grave[s] viol[ations d]es lois de la guerre»<sup>20</sup>. Nul ne conteste non plus que l'Allemagne est responsable de ces violations ni que son immunité d'Etat a été écartée par les juridictions italiennes dans des affaires concernant des victimes de ces violations qui n'avaient pas été indemnisées. En réalité, la question qui est au cœur du différend est de savoir si les victimes italiennes (celles auxquelles la jurisprudence de la Cour de cassation

---

<sup>18</sup> Voir le rapport final présenté au procureur par la commission établie pour analyser la campagne de bombardement de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie, dont la version anglaise peut être consultée sur le site : <http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf>.

<sup>19</sup> Voir plus haut par. 1.1-1.3.

<sup>20</sup> RA, par. 2.



12 s'applique) ont ou non obtenu réparation pour les crimes odieux qui ont été commis à leur rencontre et, dans la négative, si cela justifie le refus de l'immunité. A cet égard, les longs développements que consacre l'Allemagne à la question des réparations dans sa réplique<sup>21</sup> attestent que cette question est bel et bien au cœur du présent différend.

Dans la présente section, l'Italie démontrera que, contrairement à ce que l'Allemagne affirme dans sa réplique, la grande majorité des victimes italiennes n'ont reçu aucune réparation pour les graves crimes de guerre dont l'Allemagne a assumé la responsabilité et ne bénéficient d'aucune voie de recours effective.

## **Section 2. L'absence de réparations appropriées forme le contexte dans lequel s'inscrit la jurisprudence italienne qui a donné naissance au présent différend**

3.4. Dans sa réplique, l'Allemagne soutient que «l'accusation selon laquelle [elle] ne se serait même pas donné la peine d'indemniser les victimes est [] totalement déplacée et inexacte. Elle déforme la réalité.»<sup>22</sup> L'Italie ne conteste pas (et n'a jamais contesté) que l'Allemagne s'est, dans l'après-guerre, efforcée de réparer à travers le monde le mal qui avait été fait par le régime nazi. Ce nonobstant, il n'est guère douteux que, en ce qui concerne plus particulièrement les victimes italiennes, ces mesures ont été fort partielles. L'Allemagne en convient d'ailleurs elle-même dans sa réplique, puisqu'elle précise qu'elle ne les a indemnisées que «partiellement»<sup>23</sup>. De plus, le fait qu'elle a dû intervenir à maintes reprises pour adapter progressivement les mécanismes de réparation initiaux témoigne, au moins d'un point de vue général, de ce que les mesures prises au sortir de la seconde guerre mondiale étaient loin d'être exhaustives. Sans pour autant nous livrer à une reconstitution de tous les régimes de réparation mis en place en faveur des victimes de violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'homme commises par le III<sup>e</sup> Reich, nous nous intéresserons ci-après au cas particulier des réparations dues à l'Italie et aux victimes italiennes.

13 3.5. Le fait que l'Allemagne n'a pas accordé de réparations satisfaisantes aux victimes italiennes ressort indirectement de ses propres arguments sur la question. Sa position concernant l'Italie et les victimes italiennes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité est assez claire. Premièrement, l'Italie (et les victimes italiennes) n'était pas fondée à demander réparation, puisque le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 était, selon l'Allemagne, assorti d'une large clause de renonciation à toute réclamation de ce type. Il s'agit là d'une position fondamentale de l'Allemagne qui a altéré dès le début, et continue d'altérer, son appréciation de la question. Deuxièmement, l'Allemagne soutient que les deux accords de 1961 ont été conclus *ex gratia*, précisant que, «pour des raisons d'équité, [elle a] par la suite accepté d'indemniser *au moins partiellement l'Italie*»<sup>24</sup>. C'est parce qu'elle estimait, à tort, qu'aucune réparation n'était due qu'elle s'est contentée de réparations fort partielles. Troisièmement, l'Allemagne ajoute que les victimes italiennes avaient toujours la possibilité d'invoquer la législation allemande pour demander une indemnisation au titre des différents dispositifs adoptés à cet effet (lesquels n'ont, pour la grande majorité des victimes italiennes, jamais constitué un recours en réparation effectif). Cette quasi-absence de réparation découle directement de l'hypothèse erronée de l'Allemagne selon laquelle l'Italie avait, après la guerre, renoncé à toute demande de ce type. La position de l'Allemagne confirme clairement ce que l'Italie a indiqué dans son contre-mémoire, à savoir que des centaines de milliers de victimes n'ont reçu aucune indemnisation pour les violations graves du droit international humanitaire commises à leur rencontre par le III<sup>e</sup> Reich.

---

<sup>21</sup> RA, par. 10-32 et 37-47.

<sup>22</sup> *Ibid.*, par. 33.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.* ; les italiques sont de nous.

14

3.6. L'Italie réaffirme que, bien que les arguments exposés par l'Allemagne puissent, à première vue, paraître convaincants, aucun d'entre eux n'est véritablement concluant et ne résiste à l'examen. En particulier, elle démontrera de nouveau que la position de l'Allemagne est altérée par une interprétation erronée du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 et par une mauvaise compréhension de l'obligation de réparation pour les violations graves du droit international humanitaire constitutives de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. L'Italie réaffirme également que les accords ultérieurs de 1961, qui prévoyaient certaines réparations (exclusivement *ex gratia*, selon l'Allemagne), avaient une portée limitée qui excluait les violations graves du droit international humanitaire, hormis celles qui trouvaient leur origine dans des pratiques discriminatoires. De plus, les clauses de renonciation qui y étaient contenues ne se rapportaient, en toute logique, qu'aux demandes relevant de l'objet limité des instruments en question. Enfin, l'Italie soutient qu'il ressort de la chronologie des accords de réparation et de la politique générale à l'égard des réparations dues par l'Allemagne que la question de la réparation pour les crimes commis contre des victimes italiennes n'avait pas, contrairement à ce que l'Allemagne affirme, été définitivement réglée au sortir de la guerre. Bien au contraire, l'accord de Londres de 1953 sur les dettes extérieures démontre clairement que le règlement global de la question des réparations pour les crimes de guerre commis pendant la seconde guerre mondiale était reporté à une date ultérieure ; cette question ne devait être abordée de nouveau qu'après la réunification allemande, dans les années 1990<sup>25</sup>.

### **Section 3. Le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 et l'évolution ultérieure**

3.7. L'Italie tient d'emblée à rappeler qu'à son sens, l'interprétation que fait l'Allemagne de la portée du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, et sur laquelle repose sa position, n'est pas convaincante à deux égards. Premièrement, comme cela a déjà été expliqué dans le contre-mémoire, cette clause n'était pas destinée à s'appliquer au profit de l'Allemagne d'après-guerre en tant que telle, mais visait uniquement à permettre aux puissances alliées de préserver ce qui restait du potentiel économique du pays après le conflit pour le mettre au service des objectifs qu'elles avaient elles-mêmes fixés<sup>26</sup>. Deuxièmement, à supposer que cette clause ait pu bénéficier à l'Allemagne en tant qu'Etat tiers, elle n'a jamais visé les demandes de réparation pour les violations graves du droit international humanitaire commises par les autorités du III<sup>e</sup> Reich<sup>27</sup>. La portée du paragraphe 4 de l'article 77 ne s'étendait notamment pas — et ne pouvait pas s'étendre — aux demandes de réparation fondées sur les droits de particuliers qui avaient subi de violations graves du droit international humanitaire constitutives de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Sans revenir sur les arguments déjà avancés dans le contre-mémoire à propos de l'interprétation du paragraphe 4 de l'article 77, l'Italie tient seulement à rappeler que la disposition susmentionnée ne saurait être interprétée comme annulant tout simplement la responsabilité qu'encourt tout Etat pour de violations graves du droit international humanitaire. Il n'existe que deux interprétations possibles de cette disposition : premièrement, elle ne couvre pas la responsabilité des Etats à raison de violations graves du droit international humanitaire (et elle n'a jamais été destinée à la couvrir) ; deuxièmement, à supposer même que les demandes de réparation pour crimes de guerre relèvent de cette disposition (ce qui n'est pas le cas), ses effets doivent être considérés comme purement temporaires, étant donné qu'elle visait

---

<sup>25</sup> La loi de 2000 portant création de la fondation confirme que cela a été fait de manière plus large. Les mesures ainsi adoptées se sont cependant révélées insuffisantes pour permettre à la grande majorité des victimes italiennes d'obtenir réparation. Celles-ci ayant alors réalisé qu'elles ne pouvaient plus s'attendre à de nouvelles mesures, elles ont saisi les tribunaux italiens. C'est pourquoi la Cour de cassation italienne a estimé que toutes les voies de recours en réparation avaient été épuisées et que la seule solution consistait à écarter l'immunité, de sorte que les juridictions italiennes puissent exercer leur compétence ; voir le contre-mémoire de l'Italie (ci-après «CMI»), par. 6.4-6.6 et 6.19-6.35.

<sup>26</sup> CMI, par. 5.47 et 5.51.

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 5.48-5.55.

simplement à permettre aux puissances alliées de mettre le potentiel économique de l'Allemagne au service de leurs propres objectifs.

15 3.8. Il pourrait être utile de rappeler que le paragraphe 4 de l'article 77 est ainsi libellé :

«Sans préjudice de ces dispositions et de toutes autres qui seraient prises en faveur de l'Italie et des ressortissants italiens par les puissances occupant l'Allemagne, l'Italie renonce, en son nom et au nom des ressortissants italiens, à toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands, qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945, à l'exception de celles qui résultent de contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur ainsi que de droits qui étaient acquis avant le 1<sup>er</sup> septembre 1939. Cette renonciation sera considérée comme s'appliquant aux créances, à toutes les réclamations de caractère intergouvernemental relatives à des accords conclus au cours de la guerre et à toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre.» (Les italiques sont de nous.)

Il convient d'interpréter cette disposition à la lumière des critères énoncés à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Premièrement, une interprétation littérale laisse clairement penser qu'elle porte sur des questions économiques. Il n'est pas fait mention de la responsabilité qu'encourt tout Etat pour des violations graves du droit international humanitaire. L'Italie a renoncé à toutes réclamations «à l'exception de celles qui résultent de *contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur* ... avant le 1<sup>er</sup> septembre 1939» et de celles «relatives à des *accords*». Il ne fait aucun doute que cette disposition signifie que, *a contrario*, l'Italie renonce à toutes ses réclamations (et à celles de ses ressortissants) résultant de contrats et d'autres obligations entrés en vigueur après le 1<sup>er</sup> septembre 1939 et jusqu'au 8 mai 1945. Il est patent que le texte ne couvre que les accords économiques et, comme nous le démontrerons, cela semble être la seule interprétation raisonnable de la disposition.

16 3.9. Deuxièmement, une interprétation contextuelle confirme cette lecture du paragraphe 4 de l'article 77. Si l'on place cette disposition dans son contexte et qu'on la compare à d'autres dispositions du même article et à d'autres articles du même traité, il apparaît évident qu'elle concerne uniquement les relations économiques. Il convient notamment de relever que la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 fait partie d'une disposition relative aux *questions de propriété* : les biens italiens en Allemagne (par. 1-3)<sup>28</sup> et les biens allemands en Italie (par. 5)<sup>29</sup>. Comme cela a été indiqué précédemment, le paragraphe 4 lui-même mentionne spécifiquement «[les réclamations] qui résultent de contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur ainsi que de droits qui étaient acquis». Il est clair que cette disposition a pour seul objet les relations et contrats d'ordre économique entre parties allemandes et italiennes.

3.10. Troisièmement, il convient de lire la renonciation consentie par l'Italie au paragraphe 4 de l'article 77 à la lumière d'une autre clause de renonciation du traité de paix et par comparaison

---

<sup>28</sup> Les paragraphes 1 à 3 de l'article 77 sont ainsi libellés :

«1. A dater de l'entrée en vigueur du présent traité, les biens en Allemagne de l'Etat et des ressortissants italiens ne seront plus considérés comme biens ennemis et toutes les restrictions résultant de leur caractère ennemi seront levées. 2. Les biens identifiables de l'Etat et des ressortissants italiens que les forces armées ou les autorités allemandes ont enlevés, par force ou par contrainte, du territoire italien et emportés en Allemagne après le 3 septembre 1943, donneront lieu à restitution. 3. Le rétablissement des droits de propriété ainsi que la restitution des biens italiens en Allemagne seront effectués conformément aux mesures qui seront arrêtées par les puissances occupant l'Allemagne.»

<sup>29</sup> Le paragraphe 5 de l'article 77 dispose que «[l']Italie s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter les transferts des biens allemands se trouvant en Italie, qui pourront être décidés par celles des puissances occupant l'Allemagne qui ont le pouvoir de disposer des biens allemands se trouvant en Italie.» Voir annexe 2 du CMI.

avec elle : il s'agit de l'article 76, par lequel l'Italie a renoncé aux réclamations contre les puissances alliées et associées. Cette disposition précise que :

«1. L'Italie renonce, au nom du gouvernement italien et des ressortissants italiens, à faire valoir contre les puissances alliées et associées, *toute réclamation de quelque nature que ce soit* résultant directement de la guerre ou de mesures prises par suite de l'existence d'un état de guerre en Europe après le 1<sup>er</sup> septembre 1939, que la puissance alliée ou associée intéressée ait été ou non en guerre avec l'Italie à l'époque.

Sont incluses dans cette renonciation :

- a) *les réclamations relatives à des pertes ou dommages subis par suite de l'action des forces armées ou des autorités de puissances alliées ou associées ;*
- b) *les réclamations résultant de la présence, des opérations ou de l'action des forces armées ou des autorités de puissances alliées ou associées sur le territoire italien ;*
- c) les réclamations portant sur les décisions ou les ordonnances des tribunaux de prises de puissances alliées ou associées, l'Italie acceptant de reconnaître comme valides et comme ayant force exécutoire toutes les décisions et ordonnances desdits tribunaux de prises rendues au 1<sup>er</sup> septembre 1939 ou postérieurement à cette date et concernant les navires italiens, les marchandises italiennes ou le paiement des frais ;
- d) *les réclamations résultant de l'exercice des droits de belligérance ou de mesures prises en vue de l'exercice de ces droits.»* (Les italiques sont de nous.)

De surcroît, il est indiqué au paragraphe 2 que :

«[I]es dispositions du présent article excluront complètement et définitivement toutes réclamations de la nature de celles qui y sont visées, et qui *seront dès lors éteintes*, quelles que soient les parties intéressées. Le Gouvernement italien accepte de verser en lires une indemnité équitable pour satisfaire les réclamations des personnes qui ont fourni, sur réquisition, des marchandises ou des services aux forces armées de puissances allié[e]s ou associées sur le territoire italien, ainsi que les réclamations portées contre les forces armées de puissances alliées ou associées relatives à des dommages causés sur le territoire italien et ne résultant pas de faits de guerre.» (Les italiques sont de nous.)

17

3.11. Une comparaison du paragraphe 4 de l'article 77 et de l'article 76 du traité de paix permet de mettre en évidence certaines différences importantes. Tandis que le paragraphe 4 de l'article 77 précise «toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands» (sous-entendu *toutes* les réclamations relatives à des questions concernant *les biens et d'autres questions économiques*), le paragraphe 1 de l'article 76 vise «toute réclamation de *quelque* nature que ce soit». En outre, le paragraphe 1 de l'article 76 mentionne spécifiquement «[I]es réclamations relatives à des pertes ou dommages subis par suite de l'action des forces armées ou des autorités de puissances alliées ou associées» (alinéa a)), «[I]es réclamations résultant de la présence, des opérations ou de l'action des forces armées ou des autorités de puissances alliées ou associées sur le territoire italien» (alinéa b)) et «[I]es réclamations résultant de l'exercice des droits de belligérance ou de mesures prises en vue de l'exercice de ces droits» (alinéa [d]). Aucune de ces réclamations n'est spécifiquement mentionnée au paragraphe 4 de l'article 77 qui, au contraire, n'est libellé qu'en termes généraux évoquant «toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre».

Selon le paragraphe 5 de l'article 76, la renonciation aux réclamations consentie par l'Italie au paragraphe 1 du même article concerne notamment «toutes les réclamations et créances résultant des conventions sur les prisonniers de guerre actuellement en vigueur». Là encore, le paragraphe 4 de l'article 77, qui ne fait absolument pas mention de la question des prisonniers de guerre, est exempt de disposition similaire.

Plus important encore, aux termes du paragraphe 2 de l'article 76, les réclamations auxquelles renonce l'Italie dans cet article «seront dès lors éteintes». Le paragraphe 4 de l'article 77 ne contient pas d'expression similaire. Là encore, il est impossible que les rédacteurs aient oublié de l'ajouter. En réalité, les deux dispositions et les clauses de renonciation ont une signification fort différente.

18

Malgré l'expression «*toutes* les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre», il y a donc lieu d'exclure la possibilité que la portée de la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 s'étende aux réclamations relatives à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité commis contre les membres des forces armées italiennes ou la population civile italienne en violation du droit international<sup>30</sup>. Bien que de telles réclamations — motivées par des actes préjudiciables — puissent éventuellement, en ce qui concerne les puissances alliées et associées, entrer dans le champ d'application de l'article 76<sup>31</sup>, elles ne relèvent certainement pas du paragraphe 4 de l'article 77, lequel — dans le contexte des autres paragraphes de l'article, qui traitent tous de droits de propriété privés — a clairement trait aux réclamations fondées sur le droit privé, notamment «celles qui résultent de contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur» ainsi que de «créances», ainsi qu'aux «réclamations ... relatives à des accords conclus au cours de la guerre»<sup>32</sup>, et non à des réclamations découlant de violations des lois de la guerre et du droit humanitaire commises par l'Allemagne. Le libellé sans équivoque du paragraphe 4 de l'article 77, qui vise en substance les réclamations d'ordre contractuel et les dommages de guerre «ordinaires», notamment ceux causés aux biens, confirme cette interprétation<sup>33</sup>.

3.12. Il serait superflu de commenter plus avant les deux dispositions. Il semble assez clair que, selon la célèbre maxime *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, lorsque les rédacteurs ont souhaité inclure les «réclamations relatives à des pertes ou dommages subis par suite de l'action des forces armées ou des autorités de puissances alliées ou associées» dans le champ d'application du texte, ils l'ont fait expressément ; lorsqu'ils n'ont pas mentionné de telles réclamations, ils ne tenaient manifestement pas à ce qu'elles soient couvertes par le texte. Ainsi, à l'article 76, ils ont expressément mentionné les actes des forces armées ou des autorités des pays alliés, les pouvoirs d'occupation et d'autres formes d'exercice des activités légitimes des belligérants. Ils ne l'ont pas fait, en revanche, au paragraphe 4 de l'article 77 car, pleinement conscients de la gravité des crimes commis par les forces du III<sup>e</sup> Reich, ils n'entendaient pas exclure les réclamations pouvant en découler. Rien ne justifiait que l'Allemagne soit exonérée de sa responsabilité d'Etat à raison de ces violations graves du droit international humanitaire.

19

3.13. Quatrièmement, la disposition doit être interprétée à la lumière de l'objet et du but du traité. A cet égard, il est clair que la portée et le but du paragraphe 4 de l'article 77 ne pouvaient

---

<sup>30</sup> CMI, par. 2.5-2.8.

<sup>31</sup> Paragraphe 1 de l'article 76 : «[l]es réclamations relatives à des pertes ou dommages subis par suite de l'action des forces armées ou des autorités», «[l]es réclamations résultant de la présence, des opérations ou de l'action des forces armées ou des autorités» et, en particulier, «[l]es réclamations résultant de l'exercice des droits de belligérance ou *de mesures prises en vue de l'exercice de ces droits*», et le paragraphe 5 de l'article 76 : «toutes les réclamations et créances résultant des conventions sur les prisonniers de guerre actuellement en vigueur» (les italiques sont de nous).

<sup>32</sup> Note sans objet dans le texte français.

<sup>33</sup> CMI, par. 5.49.

être tels que toutes les demandes de réparation soient à jamais balayées ; il s'agissait de préserver pour les alliés, et dans leur seul intérêt, les ressources économiques de l'Allemagne. Dans ce contexte, la question des réparations en faveur de l'Italie, anciennement alliée à l'Allemagne, pouvait être reportée à une date ultérieure. De surcroît, l'Italie n'a jamais eu l'intention de renoncer à ces réclamations et n'aurait pas pu le faire : comme cela a été expliqué dans le contre-mémoire, ces réclamations ne sauraient donner lieu à une renonciation puisqu'elles sont soumises à un régime de réparation auquel les Etats ne peuvent déroger. C'est pourquoi l'Italie soutient que l'unique interprétation du paragraphe 4 de l'article 77 qui soit conforme au paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités consiste à dire que cette disposition n'englobe pas les réclamations découlant de crimes de guerre. Seule cette interprétation serait compatible avec le régime du droit international humanitaire, qui impose aux Etats des obligations de réparation auxquelles ils ne sauraient se soustraire aussi simplement. Ainsi, les demandes de réparation pour crimes de guerre ou autres crimes internationaux commis contre la population civile n'ont jamais relevé du champ d'application de cette disposition.

3.14. Enfin, un dernier argument doit être avancé en ce qui concerne la nature de la stipulation contenue dans le paragraphe 4 de l'article 77, que l'Allemagne considère comme une disposition en faveur des Etats tiers. S'il est vrai que de telles dispositions peuvent être formulées dans des traités internationaux, il est également évident qu'il convient, en les interprétant, d'appliquer le principe de la *lex mitior*. Lorsque deux interprétations sont possibles, c'est la moins contraignante pour l'Etat auquel incombent des obligations en faveur d'un Etat tiers qui doit l'emporter. Dès lors, à supposer que l'interprétation de l'Allemagne soit également possible — ce que l'Italie conteste —, elle serait de toute évidence déraisonnablement contraignante pour l'Italie et les victimes italiennes de crimes de guerre.

3.15. Même dans l'hypothèse où la portée du paragraphe 4 de l'article 77 s'étendrait à toutes les réclamations, quelle que soit leur nature, il existe de solides raisons de penser qu'en tout état de cause cette disposition ne produirait d'effets qu'au profit des puissances occupantes. Les demandes de réparation de l'Italie ont été gelées pendant la durée nécessaire pour que les puissances alliées mettent le potentiel économique de l'Allemagne au service de leurs objectifs, non pour offrir à l'Allemagne un avantage injustifié. Comme le déclare l'Allemagne elle-même dans sa réplique,

«*priorité* avait été donnée aux nations qui pouvaient être considérées comme d'innocentes victimes de l'agression allemande. Les puissances alliées ne voyaient apparemment pas de justification à la participation de l'Italie comme puissance quasi victorieuse au régime de réparation institué.»<sup>34</sup>

20

Ce raisonnement tout à fait correct utilise à juste titre le mot *priorité*. Cela signifie que les puissances alliées entendaient d'emblée utiliser le potentiel économique de l'Allemagne pour elles-mêmes et les autres pays victimes d'agression<sup>35</sup> ; néanmoins, rien dans l'article 77, ni dans le reste du traité, n'indique que, une fois cet objectif atteint, des régimes de réparation ordinaires ne pourraient pas être mis en place dans le cadre des relations bilatérales entre l'Allemagne et l'Italie,

---

<sup>34</sup> RA, par. 14 ; les italiques sont de nous.

<sup>35</sup> Voir Eberhard Menzel (éd.), Introduction à *Die Friedensverträge von 1947 mit Italien, Ungarn, Bulgarien, Rumänien und Finnland*, 1948, p. 53. Voir également Menzel, *Die Forderungsverzichtsklauseln gegenüber Deutschland in den Friedensverträgen von 1947 — Rechtsgutachten* — (Hektographierte Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, Nr. 20), Hambourg 1955, p. 21 *et seq.* Ce motif fut également cité dans une décision du tribunal d'instance de L'Aquila en date du 7 décembre 1960 en l'affaire *Ditta Pomante c. République fédérale d'Allemagne*. Voir Pierre d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public : La responsabilité internationale des Etats à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles/Paris 2002, p. 266 (faisant référence à 40 *ILR* 64, p. 71) : «Son objectif [the objective of Art. 77 (4) of the Peace Treaty] était d'éviter que les ressources de l'Allemagne, qui devaient servir à compenser les dommages de puissances victorieuses, puissent être partiellement affectées au bénéfice de ses anciens alliés.»

lorsque celles-ci auraient repris. A cet égard, il convient de préciser que les clauses de renonciation n'étaient en fait pas tant en faveur de l'Allemagne que des puissances alliées elles-mêmes<sup>36</sup>. En outre, l'évolution postérieure au traité, dans les années 1950 et 1960 puis après la réunification de l'Allemagne, confirme cette interprétation.

3.16. A cet égard, il convient notamment de s'arrêter sur l'accord sur les dettes extérieures allemandes signé à Londres en 1953. Conclu en 1953 et ratifié en 1966 par l'Italie, il a établi que les questions relatives aux réparations étaient gelées et reportées à une date ultérieure, postérieure à la réunification de l'Allemagne. Cette situation explique pourquoi rien ne s'est produit dans le cadre des relations entre l'Allemagne et l'Italie entre 1966 et 1989 : les réparations étaient explicitement reportées au moment de la réunification de l'Allemagne. La question des réparations dues pour crimes de guerre commis contre des ressortissants italiens ne pouvait donc être de nouveau évoquée qu'après la réunification<sup>37</sup>.

21

Avant de devenir partie à l'accord de 1953, l'Italie rejoignit, à la fin des années 1950, un groupe de pays qui avaient, eux aussi, demandé des réparations à l'Allemagne ; c'est ainsi que furent ultérieurement conclus les accords de 1961. Ce qui montre bien que, déjà à cette époque, l'Italie interprétait l'article 77 comme étant une disposition de nature temporaire. Examinons à présent ces accords et les clauses de renonciation qui y sont énoncées.

#### Section 4. Les accords de 1961 et leurs clauses de renonciation

3.17. Les deux accords de 1961 auxquels l'Allemagne se réfère couvraient bien certains dommages, mais leur portée *ratione materiae* était clairement limitée. Ainsi que cela a déjà été précisé dans le contre-mémoire et les observations écrites de l'Italie relatives à sa demande reconventionnelle<sup>38</sup>, les deux accords de 1961<sup>39</sup> ne couvrent pas les demandes relatives à de graves violations du droit international humanitaire et, en toute logique, les clauses de renonciation qu'ils contiennent n'ont donc pas trait à ces demandes. Le premier accord est sans rapport avec l'objet des affaires qui sont à l'origine du présent différend. Il porte sur le règlement de demandes d'ordre économique et se limite à des questions économiques. Le second est, dans une certaine mesure, plus limité encore en ce qu'il se rapporte spécifiquement et exclusivement à des personnes qui ont été victimes de persécutions pour des motifs discriminatoires. En vertu de ces accords et conformément aux décrets d'application pertinents, l'Italie a reçu d'importantes sommes d'argent,

---

<sup>36</sup> C'est également le point de vue qu'a adopté la Cour fédérale allemande de Justice (*Bundesgerichtshof*) dans un arrêt du 14 décembre 1955 (arrêts du *Bundesgerichtshof* en matière civile [BGHZ] vol. 19, p. 258 et seq., 265) : «C'est uniquement dans leur propre intérêt que les puissances alliées ont exigé des renonciations de la part de l'Italie. Elles voulaient éviter que les réclamations d'Etats anciennement alliés du Reich et de leurs ressortissants n'entament les capacités économiques de l'Allemagne, afin de mieux réaliser leurs propres créances et celles de leurs ressortissants.»

<sup>37</sup> A cet égard, il convient de relever que le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix constitue une clause type qui a été intégrée, en termes plus ou moins identiques, aux traités de paix du 10 février 1947 que les puissances alliées ont conclus avec les autres anciens alliés de l'Allemagne nazie, à savoir la Bulgarie (art. 26, par. 4), la Hongrie (art. 30, par. 4) et la Roumanie (art. 28, par. 4). En vertu de toutes ces dispositions, ces pays ont dû renoncer à toute réclamation contre l'Allemagne et les ressortissants allemands non réglée au 8 mai 1945. Les puissances alliées victorieuses, qui disposaient d'une grande latitude pour définir le contenu des traités qu'elles entendaient conclure, poursuivaient ainsi deux objectifs. D'une part, elles voulaient en finir avec les ravages de la guerre en mettant un terme à l'interminable bataille judiciaire sur les réparations des dommages de guerre à laquelle il aurait sinon fallu s'attendre. D'autre part, comme nous l'avons déjà laissé entendre, la renonciation imposée était également destinée à servir en quelque sorte de sanction contre les Etats qui avaient formé avec l'Allemagne et l'Italie l'alliance qu'on appela «l'Axe». Ces Etats ne pouvaient espérer sortir totalement indemnes de la guerre. De même que l'Allemagne devait renoncer à toute réclamation contre eux, ils devaient eux aussi renoncer à toute réclamation contre l'Allemagne.

<sup>38</sup> CMI, par. 2.15 et 5.57-5.59 ; voir également les observations écrites de l'Italie sur les observations écrites de l'Allemagne relatives à la demande reconventionnelle de l'Italie, section IV, par. 39-58.

<sup>39</sup> Annexes 3 et 4 du CMI.

qu'elle a reversées aux victimes dont les demandes entraînent dans le champ d'application de ces deux dispositions.

22

3.18. Ainsi que l'Allemagne l'indique à juste titre, ces deux accords contiennent des clauses de renonciation, mais ses arguments ne sont guère convaincants lorsqu'elle cherche à faire accroire que celles-ci étaient destinées à couvrir toute autre réclamation, présente et future, de quelque nature que ce soit. Tel n'était clairement pas le cas. Les deux clauses de renonciation, qui sont pratiquement identiques, couvrent simplement les réclamations visées par les accords concernés. La portée de ces accords étant limitée à des questions économiques, d'une part, à des actes de persécution pour des motifs discriminatoires, d'autre part, les clauses de renonciation ne couvraient évidemment pas d'autres réclamations pour violations graves du droit international humanitaire.

3.19. L'autre argument avancé par l'Allemagne confirme indirectement l'exactitude de cette interprétation. En effet, lorsqu'elle fait valoir que ces accords ont été conclus *ex gratia* et que, pour le reste (c'est-à-dire pour ce qui n'était pas couvert par ces accords), la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 demeurerait applicable, elle confirme de manière indirecte que les violations graves du droit international humanitaire ne sont pas couvertes par les accords puisqu'elles sont censées l'être par la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77. Or, comme cela a été expliqué ci-dessus, la clause de renonciation de 1947 a une raison d'être fort différente de celle avancée par l'Allemagne et les demandes relatives à des violations graves du droit international humanitaire n'ont donc pas été réglées.

### **Section 5. Le nombre important de victimes n'ayant pas obtenu réparation**

3.20. Les demandes susmentionnées, qui ne sont toujours pas réglées au terme de plusieurs dizaines d'années, concernent un nombre important de victimes et peuvent se répartir en trois catégories : les membres de l'armée italienne qui n'ont pas bénéficié du traitement réservé aux prisonniers de guerre, les civils qui ont été illégalement déportés en Allemagne et soumis au travail forcé, et ceux qui ont été victimes de massacres dans différents villages tombés aux mains des forces du III<sup>e</sup> Reich.

23

3.21. Les internés militaires italiens constituent la première catégorie de victimes. Enlevées en Italie ou ailleurs, ces personnes furent déportées en Allemagne et astreintes au travail forcé. Selon les données recueillies par diverses organisations de défense des victimes, elles seraient quelque 700 000 à n'avoir jamais obtenu réparation<sup>40</sup>. Pour les raisons exposées de manière plus détaillée dans le contre-mémoire, elles se sont d'abord vu refuser le statut de prisonniers de guerre par l'Allemagne nazie, puis refuser réparation par l'Allemagne d'après-guerre au motif que les prisonniers de guerre étaient exclus des lois relatives aux réparations adoptées par celle-ci<sup>41</sup>.

3.22. La deuxième catégorie de victimes est celle des civils déportés illégalement en Allemagne et astreints au travail forcé. Aucun chiffre ne peut être donné quant au nombre de personnes concernées.

---

<sup>40</sup> CMI, par. 2.7.

<sup>41</sup> *Ibid.*, voir, par exemple, par. 2.30 et 5.19.



3.23. En ce qui concerne la troisième catégorie, il convient de relever que ces affaires n'ont été portées en justice que très récemment. Elles concernent des milliers de civils, victimes de massacres perpétrés dans de nombreux villages (en particulier dans les Apennins) par les forces allemandes lors de leur retraite en 1944-1945 ; les documents et autres éléments de preuve établissant la responsabilité pénale de divers membres des forces allemandes étaient longtemps demeurés introuvables et il n'avait pas été engagé de poursuites pénales<sup>42</sup>.

Les clauses de renonciation ne pouvaient couvrir des demandes qui n'avaient pas été présentées à l'époque ou des faits qui, comme dans le cas des massacres perpétrés dans plusieurs villages des Apennins (par exemple à Civitella, Marzabotto, Sant'Anna di Stazzema), n'avaient pas même été établis. La plupart des victimes attendaient patiemment qu'une solution soit trouvée à leur situation et elles n'ont donc pas, pour la très grande majorité d'entre elles, obtenu la moindre compensation.

Ces victimes n'ont donc pas obtenu réparation et cela était peut-être même impossible étant donné que, à l'époque, les crimes n'avaient en grande partie pas été établis. Un certain nombre d'instances sont aujourd'hui pendantes, et ce n'est que récemment que la vérité sur nombre de ces massacres a été découverte et révélée. Comment ces victimes pourraient-elles être couvertes par la clause de renonciation de 1947 et par les accords de 1961 ? Ce n'est qu'aujourd'hui que leurs demandes se matérialisent ; c'est donc aujourd'hui qu'elles doivent obtenir réparation.

#### **Section 6. Le pouvoir des Etats de conclure des accords prévoyant l'indemnisation des victimes de violations graves du droit international humanitaire**

24

3.24. L'Italie se doit également de formuler quelques remarques sur un propos maintes fois répété par l'Allemagne, tant dans son mémoire que dans sa réplique. L'Allemagne a indiqué à plusieurs reprises que,

«[e]n ce qui concerne ... les conflits armés internationaux, l'immunité a conservé sa justification en tant que règle de bon sens permettant, dans les relations interétatiques, de régler, de manière mûrement réfléchie, par voie de négociation et de traité, la question des dommages»<sup>43</sup>.

L'Italie ne peut que souscrire à ce que dit l'Allemagne. Elle doit cependant y apporter une précision : les Etats ne sont pas libres de faire ce que bon leur semble par voie de traité ou de négociation ; ils doivent s'assurer que certaines règles sont dûment respectées. L'une d'entre elles est qu'aucun Etat n'est autorisé à être purement et simplement exonéré de toute responsabilité pour crime de guerre. Les victimes doivent recevoir une forme de reconnaissance ou de réparation. Or, les victimes italiennes susmentionnées n'ont jamais obtenu réparation, sous quelque forme que ce soit.

L'Italie ne prétend pas (et n'a jamais prétendu) que,

«après la cessation réelle des hostilités, toute personne ayant subi un dommage du fait d'une violation du droit international humanitaire pouvait présenter une réclamation personnelle contre l'Etat dont les forces armées sont responsables du préjudice causé»,

et convient que «les juges nationaux de l'une ou l'autre des Parties ne sauraient traiter convenablement des milliers, voire des millions, de revendications»<sup>44</sup>. En l'occurrence, le

---

<sup>42</sup> Voir les affaires mentionnées dans le CMI, par. 2.7, 2.37, 2.40 et 5.13.

<sup>43</sup> RA, par. 4.

<sup>44</sup> *Ibid.*

problème est que les mesures prises par les Etats ayant participé au conflit — et plus particulièrement l'Etat responsable de graves crimes de guerre condamnés par la communauté internationale tout entière (Etat qui a accordé d'importantes réparations à de nombreuses autres catégories de victimes) — étaient insuffisantes pour permettre à diverses catégories de victimes italiennes d'obtenir réparation.

3.25. En ce qui concerne la question de la renonciation aux demandes individuelles de réparation, l'Italie estime que quelques clarifications s'imposent quant aux remarques formulées par l'Allemagne aux paragraphes 43 à 47 de sa réplique.

25 L'Italie ne prétend pas, contrairement à ce que l'Allemagne laisse entendre, que les demandes de réparation sont un droit intangible. Elle soutient — et l'Allemagne ne semble pas avoir présenté un quelconque argument attestant le contraire de manière convaincante — que le régime de réparation régi par les règles du droit international humanitaire ne saurait être purement et simplement écarté par les Etats dans le cadre de leurs négociations. En d'autres termes, rien n'interdit de s'entendre sur les modalités et les montants de la réparation due par le biais d'accords interétatiques, mais il est impossible de renoncer purement et simplement à de telles réparations. Sinon, à quoi bon avoir mis en place un système dont l'Allemagne reconnaît qu'il peut être considéré comme un précurseur du *jus cogens*, c'est-à-dire que les Etats ne peuvent y déroger ?<sup>45</sup>

3.26. L'Italie convient que, en pareils cas, la meilleure solution consiste à conclure des accords interétatiques. Le problème, en ce qui concerne les victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire dont l'Allemagne a reconnu être responsable, est justement qu'aucun accord satisfaisant n'a jamais pu être conclu. Dans un premier temps, l'Allemagne a nié avoir la moindre obligation à l'égard de l'Italie et des victimes italiennes ; ensuite, elle a conclu des arrangements *ex gratia* qui ne concernaient pas les victimes de violations graves du droit international humanitaire ; enfin, elle a annoncé que celles-ci pouvaient saisir les juridictions allemandes, mesures qui sont néanmoins restées dépourvues d'effet.

L'Italie demeure disposée à conclure des accords interétatiques à l'effet d'octroyer réparation aux trois catégories de victimes susmentionnées. Encore faut-il, pour commencer, que l'Allemagne soit disposée à entrer en pourparlers à cette fin. Force est de constater que, en l'absence d'accords, ces victimes n'ont jamais reçu de compensation et se trouvent toujours confrontées à un déni de justice.

3.27. L'Allemagne présente les accords de Potsdam conclus entre l'Allemagne et les pays alliés comme un exemple de traité contenant des clauses de renonciation relatives à des violations du droit international humanitaire. Toutefois, dans le cas de ces accords, ainsi que l'Allemagne l'indique elle-même, les alliés ont renoncé à leurs demandes relatives aux violations du droit international humanitaire

«eu égard aux réparations imposées à l'Allemagne en vertu des accords de Potsdam, telles que précisées dans l'accord concernant les réparations à recevoir de l'Allemagne, l'institution d'une agence interalliée des réparations et la restitution de l'or monétaire»<sup>46</sup>.

L'Italie rappelle qu'elle ne conteste pas l'idée que des réparations puissent être convenues par voie de négociation ou en vertu d'un accord d'indemnisation globale entre les Parties, tels que ceux conclus entre l'Allemagne et les puissances alliées. Or, dans le cas de l'Italie et des victimes

---

<sup>45</sup> RA, par. 45.

<sup>46</sup> *Ibid.*, par. 28.

26

italiennes, l'Allemagne et l'Italie n'ont jamais conclu d'accord de cette nature. Dans aucun des accords cités par l'Allemagne, que ce soit le traité de paix de 1947 ou les accords de 1961, la question des violations graves du droit international humanitaire n'a été expressément mentionnée, ni aucune réparation accordée à cette fin. L'Italie maintient qu'il n'y a jamais eu de renonciation aux demandes relatives aux violations graves du droit international humanitaire. En outre, aucune renonciation n'aurait pu intervenir sans compensation raisonnable en échange, comme ce fut précisément le cas entre l'Allemagne et les puissances alliées. Il s'ensuit que les arguments de l'Allemagne doivent là encore être rejetés.

### Section 7. Conclusion

3.28. Il ressort clairement des éléments de fait présentés ci-dessus que de nombreuses victimes n'ont jamais obtenu réparation, ce que ne conteste d'ailleurs pas l'Allemagne. C'est pour cette raison, et parce que les victimes n'avaient à leur disposition aucun recours effectif, que les juges italiens ont écarté l'immunité de l'Etat allemand et ont accordé des réparations. Bien qu'elle reconnaisse que, au sortir d'un conflit, les Etats peuvent conclure des accords afin de mettre en place des régimes de réparation au titre de dommages de guerre ou pour répondre à toute autre sorte de réclamations, l'Italie estime que pareils accords doivent être mûrement réfléchis et équilibrés et qu'ils ne peuvent avoir pour effet de refuser toute réparation aux victimes de violations graves du droit international humanitaire. A cet égard, il est quelque peu paradoxal que l'Allemagne insiste, dans sa réplique comme dans son mémoire, sur le fait que les Etats ont le droit de conclure pareils accords, droit qui serait protégé par l'immunité. La position de l'Allemagne à cet égard est surprenante puisqu'elle n'a jamais conclu de tels accords avec l'Italie. Premièrement, elle a invoqué, et continue d'invoquer, la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 de l'accord de 1947 ; deuxièmement, elle considère que les accords de 1961 ont été conclus purement *ex gratia*. L'Allemagne ne nie donc pas n'avoir jamais conclu d'accords avec l'Italie afin d'octroyer réparation aux victimes de violations graves du droit international humanitaire.

27

L'Italie demeure convaincue que la conclusion de tels accords reste bien entendu la meilleure façon de régler ces questions et ne saurait partager la position de l'Allemagne selon laquelle la question des réparations est définitivement close. Cette position n'a pas été acceptée en 1947, et a de nouveau été rejetée après la conclusion des accords de 1961 (ce qui a été confirmé par les accords ultérieurs tels que, par exemple, le traité conclu le 19 octobre 1967 «relativement au règlement de questions à caractère patrimonial, économique et financier se rapportant à la seconde guerre mondiale»<sup>47</sup>). Le fait que l'Italie a ratifié, en 1966, l'accord de Londres de 1953, lequel reportait à plus tard la question des réparations, en est une autre confirmation.

L'Italie serait prête à considérer toute proposition de l'Allemagne si celle-ci acceptait de conclure de tels accords. Elle ne comprend cependant pas pourquoi et comment ses magistrats auraient commis une erreur en écartant l'immunité de l'Allemagne face à un déni de justice aussi manifeste à l'égard d'un très grand nombre de victimes de violations graves du droit international humanitaire — constitutives de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité — perpétrées immédiatement après que l'Italie eut décidé de rompre son alliance insensée avec le III<sup>e</sup> Reich et de se battre aux côtés des alliés contre l'Allemagne nazie.

---

<sup>47</sup> Il s'agit de l'accord *Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Italienischen Republik über die Regelung vermögensrechtlicher, wirtschaftlicher und finanzieller, mit dem Zweiten Weltkrieg zusammenhängender Angelegenheiten – Accordo fra la Repubblica Federale di Germania e la Repubblica Italiana per il regolamento di questioni patrimoniali, economiche e finanziarie connesse alla Seconda Guerra Mondiale*, par lequel l'Italie et l'Allemagne sont convenues que les ressortissants italiens ayant été victimes, en Allemagne, d'atteintes à la propriété durant la guerre devraient jouir du même droit à compensation que les ressortissants nationaux en vertu de la législation allemande pertinente (paragraphe 1 de l'article 2, voir *Bundesgesetzblatt* 1969 II, 356).

#### IV. L'INCIDENCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL SUR L'APPLICATION DES PRINCIPES RELATIFS À L'IMMUNITÉ DES ETATS

##### Section 1. La question de l'élément temporel

28

4.1. Dans son contre-mémoire, l'Italie a montré que la règle coutumière relative à l'immunité des Etats qu'il convient d'appliquer en l'espèce doit être appréciée eu égard au contenu qui était le sien lorsque des instances judiciaires ont été introduites contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes. Dans sa réplique, l'Allemagne n'a pas réussi à contester de manière convaincante les divers exemples de la pratique mentionnés par l'Italie à l'appui de sa thèse. Elle s'en est tenue à l'argument selon lequel la Cour devait apprécier le contenu de la règle de l'immunité à la lumière du droit international en vigueur au moment des faits, c'est-à-dire entre 1943 et 1945. Selon elle, faire droit à l'argument selon lequel il conviendrait d'appliquer la règle de l'immunité des Etats telle qu'elle existait au moment où a été saisie la justice italienne aboutirait à «des résultats absurdes». L'Allemagne a également estimé que la solution expressément retenue à l'égard de cette question par la loi britannique de 1978 relative à l'immunité des Etats venait étayer sa thèse<sup>48</sup>.

4.2. En ce qui concerne la question de l'élément temporel, l'Italie s'en tient à l'analyse qu'elle a présentée aux paragraphes 1.14 à 1.17 et 4.43 à 4.50 de son contre-mémoire. Elle ne juge pas utile de répéter ici les raisons pour lesquelles elle estime que l'immunité, en ce qu'elle constitue une règle de procédure, doit être appréciée à la lumière du droit en vigueur au moment où sont saisies les juridictions nationales. Et ce d'autant plus que, comme nous l'avons déjà fait observer, l'Allemagne ne tente pas vraiment, dans sa réplique, de contester la manière dont l'Italie analyse la pratique nationale et internationale aux fins d'éclairer la question à l'examen.

4.3. On comprend mal pourquoi la thèse italienne conduirait à des résultats absurdes. Au contraire, l'immunité étant une règle qui a une incidence sur la compétence juridictionnelle des juges nationaux, il est tout à fait logique que son contenu soit apprécié à la lumière du droit en vigueur au moment où il est demandé à ces juges d'exercer leur compétence dans des affaires mettant en cause des Etats étrangers. Lorsqu'elle a codifié la règle en matière d'immunités juridictionnelles des Etats, la Commission du droit international (ci-après la «CDI») a dû s'interroger sur la nature et l'étendue de la non-rétroactivité de l'application du projet d'articles. Elle a défini le moment où sont intentées des actions en justice comme le moment à partir duquel les articles deviennent applicables entre les Etats qui en ont accepté les dispositions<sup>49</sup>. Fait important, dans leurs commentaires sur les travaux de la CDI, les Etats ne se sont pas opposés à cette solution ni fait valoir qu'elle conduirait à des résultats absurdes<sup>50</sup>. C'est cette même solution qui a plus tard été intégrée dans l'article 4 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens<sup>51</sup>. Faisant fi de l'indication claire donnée par les travaux de la CDI et la convention signée à New York en 2004, l'Allemagne tente d'étayer sa thèse en mentionnant le paragraphe 3 de la section 23 de la loi britannique de 1978 relative à l'immunité des Etats. Sans chercher ici à établir si cette loi revêt ou non valeur de précédent, il nous faut souligner qu'il s'agit là du seul élément dont l'Allemagne tire argument — preuve s'il en est que la thèse allemande ne trouve pas d'écho véritable dans la pratique des Etats.

---

<sup>48</sup> RA, par. 36-38.

<sup>49</sup> Voir l'article 4 du Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, *Annuaire de la CDI*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 22.

<sup>50</sup> *Annuaire de la CDI*, 1988, vol. II, première partie, p. 47 et suiv.

<sup>51</sup> Voir le texte dans le CMI, par. 4.50.

29 4.4. La question de savoir si l'Italie a violé l'obligation qui est la sienne d'accorder l'immunité à l'Allemagne devant être examinée au regard du droit de l'immunité des Etats en vigueur au moment où ont été saisies les juridictions italiennes, peu importe la teneur de la règle relative à l'immunité à l'époque des faits qui ont donné lieu à ces instances. C'est par rapport au droit tel qu'il existe aujourd'hui et non tel qu'il était à la fin de la seconde guerre mondiale qu'il convient de déterminer l'existence d'exceptions à la règle de l'immunité, en particulier face à des violations de règles du *jus cogens*. L'Italie demeure néanmoins convaincue qu'il existait déjà pendant la seconde guerre mondiale des règles auxquelles il ne pouvait être dérogé et qui constituaient une sorte de *jus cogens*. Ainsi, comme nous l'avons déjà fait observer, les règles du droit international humanitaire relatives aux personnes protégées, et en particulier aux prisonniers de guerre, étaient généralement considérées comme étant de cette nature<sup>52</sup>. Tandis que l'Allemagne insiste, dans sa réplique, sur le fait que «le *jus cogens*, en tant que notion de droit international positif, n'a émergé que dans les quarante dernières années»<sup>53</sup>, l'Italie rappelle qu'en une précédente occasion au moins, l'Allemagne elle-même a semblé accepter l'opinion selon laquelle il existait, dans certains domaines, avant la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, des obligations auxquelles il était impossible de déroger<sup>54</sup>.

## Section 2. La clause territoriale

4.5. Dans sa réplique, l'Allemagne ne nie pas que l'immunité juridictionnelle ne couvre pas tous les actes *jure imperii*. Elle reconnaît en particulier que la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* ne trouve pas toujours à s'appliquer dans les procédures relatives aux atteintes à l'intégrité physique des personnes dues à un acte de l'Etat sur le territoire de l'Etat du for<sup>55</sup>. L'Allemagne se contente de contester que l'élargissement de la portée matérielle de l'exception en matière de responsabilité délictuelle aux actes *jure imperii* couvre également les situations de conflits armés.

30 4.6. Dans son contre-mémoire, l'Italie a avancé plusieurs arguments en faveur de l'applicabilité à des situations se rapportant à des conflits armés de la clause territoriale relative aux dommages causés aux personnes<sup>56</sup>. Elle se contentera ici de commenter l'interprétation restrictive que donne l'Allemagne de la règle à présent consacrée par l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens<sup>57</sup> — une convention qui est l'aboutissement de plus de 25 ans de travaux de la CDI et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale et qui représente un compromis que la grande majorité des Etats du monde s'accordent à reconnaître comme étant un corpus de droit universellement reconnu.

---

<sup>52</sup> CMI, par. 5.15-5.21.

<sup>53</sup> RA, par. 57.

<sup>54</sup> CMI, par. 5.19. De toute façon, comme nous l'avons souligné plus haut, au par. 2.6, et comme nous l'indiquerons encore une fois plus loin, au par. 4.26, l'effet des règles impératives de droit international ne saurait être écarté même si celles-ci constituent des normes de *jus cogens superveniens*.

<sup>55</sup> RA, par. 52.

<sup>56</sup> CMI, par. 4.37-4.42.

<sup>57</sup> RA, par. 52-55. Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, article 12 :

«Atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens — 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.»

Tout d'abord, l'Italie souhaite souligner que rien dans le texte de l'article 12 ne le rend inapplicable aux situations de conflit armé et qu'il n'existe aucune clause générale excluant l'application de la convention des Nations Unies en pareil cas. Pour étayer son interprétation de l'article 12, l'Allemagne n'a d'autre choix que de mettre en exergue certains éléments des travaux préparatoires. Cette méthode ne concorde pas avec les règles générales de l'interprétation des traités codifiées par la convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 32 de la convention ne permet de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment aux travaux préparatoires, que pour confirmer le sens résultant de l'application des règles générales d'interprétation prévues à l'article 31 ou lorsque l'application de ces règles laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Or, suivant le sens ordinaire qu'il convient d'attribuer aux termes de l'article 12, seules trois conditions sont clairement énoncées pour définir son champ d'application : la procédure doit se rapporter à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne ; l'acte ou l'omission à l'origine du dommage doivent s'être produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de l'Etat du for ; et l'auteur de l'acte ou de l'omission doit avoir été présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission. Le sens de l'article 12 n'étant ni ambigu ni obscur, le recours aux travaux préparatoires apparaît injustifié.

31 Ensuite, il est douteux que les travaux préparatoires soutiennent réellement l'interprétation restreinte que donne l'Allemagne de la règle énoncée à l'article 12. Dans sa réplique, celle-ci fait de nouveau référence à la déclaration du président du groupe de travail de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, M. Gerard Hafner, selon lequel : «[s]e pose la question de savoir si la convention couvre les activités militaires. Il a toujours été entendu que les activités militaires n'entreraient pas dans le champ de la convention.»<sup>58</sup>

L'Italie a bien conscience que la résolution 59/38 de l'Assemblée générale par laquelle la convention a été adoptée contient une référence générale aux déclarations du président du Comité spécial. Toutefois, cette référence générale ne saurait être considérée comme l'approbation de chacune des opinions exprimées par M. Hafner dans sa déclaration. Cette interprétation est confirmée par le fait que, lorsque l'Assemblée générale a déclaré partager certaines conclusions auxquelles étaient parvenus les membres du comité spécial relativement à la portée de la convention — notamment l'exclusion de son champ d'application des poursuites au pénal —, elle l'a fait expressément. En outre, la CDI et les Etats représentés à la Sixième Commission ont examiné la question de la portée générale de la convention. L'article 3 définit expressément les privilèges et immunités non affectés par cet instrument. Il n'y est fait aucune mention des forces armées et de leurs activités comme étant exclues du champ d'application de la convention. Il est révélateur que les Pays-Bas aient proposé, au sein de la Sixième Commission, d'introduire dans le projet de convention une disposition indiquant expressément que l'article 12 ne s'appliquerait pas aux situations de conflit armé<sup>59</sup>. Cette proposition n'a rencontré aucun soutien parmi les autres Etats et la convention n'en porte aucune trace, pas plus que les *points convenus en ce qui concerne la compréhension de certaines dispositions de la convention*, annexés à celle-ci, dans lesquels cette proposition n'est aucunement mentionnée.

4.7. A l'appui de son affirmation, l'Allemagne cite les déclarations que la Norvège et la Suède ont annexées à leur instrument de ratification, aux termes desquelles ladite convention ne s'applique pas aux activités militaires<sup>60</sup>. L'Italie estime que ces déclarations, loin de démontrer l'existence d'une opinion générale en faveur de la non-applicabilité de la convention aux situations de conflits armés, montrent tout à fait l'inverse. Si la Norvège et la Suède ont ressenti le besoin de

---

<sup>58</sup> Nations Unies, doc. A/C.6/59/SR.13, par. 36.

<sup>59</sup> Nations Unies, déclaration de M. Lammers, doc. A/C.6/54/SR.18, par. 45.

<sup>60</sup> RA, par. 55.

faire de telles déclarations, c'est justement parce que le texte de l'article 12 se prête à une interprétation différente.

32

4.8. Dans son mémoire, l'Allemagne reconnaît que la quasi-totalité des procès qui font l'objet du présent différend trouvent leur origine dans des actes commis en Italie<sup>61</sup>. Tel est clairement le cas des civils victimes de massacres, mais également de la grande majorité des personnes déportées, lesquelles ont été faites prisonnières en Italie. En conséquence, suivant la règle consacrée par l'article 12 de la convention des Nations Unies, qui peut être considérée comme déclaratoire du droit international général, les juridictions italiennes n'étaient pas tenues de reconnaître l'immunité de l'Allemagne dans la très grande majorité des affaires portées devant elles, et ce, indépendamment du fait que les actes constituaient également des violations du *jus cogens*.

### Section 3. Les incidences du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats

4.9. Il ne fait guère de doute que les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui ont donné lieu aux procédures engagées devant les juridictions italiennes peuvent être qualifiées de violations de règles du *jus cogens*. L'Allemagne ne conteste pas que des «violations massives du droit international humanitaire» ont été commises par l'Allemagne nazie contre des citoyens italiens<sup>62</sup>. Toutefois, il subsiste au cœur de la présente affaire un désaccord profond entre les Parties quant aux conséquences des violations du *jus cogens* pour ce qui est de la reconnaissance de l'immunité juridictionnelle de l'Etat auteur de l'acte illicite. L'Italie soutient qu'en l'état actuel du droit international, un Etat peut, dans certains cas, être en droit de refuser l'immunité à un autre si celui-ci est responsable de violations de règles du *jus cogens*. Il en va ainsi, en particulier, lorsque l'octroi de l'immunité priverait inévitablement les victimes de violations de toute possibilité d'obtenir réparation de la part de l'Etat responsable. L'Allemagne, quant à elle, conteste que l'immunité d'un Etat puisse être remise en cause par le fait que les violations qui lui sont imputables soient des violations du *jus cogens*.

33

4.10. Dans sa réplique, l'Allemagne essaye d'étayer son point de vue en soutenant que «le *jus cogens* n'est composé que de règles primaires, de règles de conduite interdisant certains comportements spécifiques»<sup>63</sup>. Elle ajoute que «le fait qu'une règle relève du *jus cogens* ne détermine pas les conséquences découlant de sa violation»<sup>64</sup>. Pour l'Italie, il s'agit là d'une conception beaucoup trop étroite du *jus cogens*. La position de l'Allemagne ne trouve pas appui dans les travaux d'un organe faisant autorité tel que la CDI, ni dans l'*opinio juris* des Etats. Elle est également contredite par des déclarations antérieures de l'Allemagne elle-même.

4.11. Dans son commentaire relatif au projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, la CDI fait observer qu'«il doit toutefois en ressortir que les notions fondamentales de normes impératives du droit international général et d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble emportent certaines *conséquences* dans le cadre de la responsabilité des Etats»<sup>65</sup>. La CDI reconnaît donc expressément que, contrairement à ce qu'affirme l'Allemagne, les normes impératives ne règlementent pas uniquement le comportement en soi. La notion même de normes impératives sous-entend l'existence de certaines conséquences attachées à celles-ci.

---

<sup>61</sup> MA, par. 71.

<sup>62</sup> *Ibid.*, par. 15.

<sup>63</sup> RA, par. 65.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Annuaire de la CDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 119 (VF) ; les italiques sont dans l'original.

34

4.12. Dans sa réplique, l'Allemagne mentionne les conséquences qui, selon la CDI, découlent de la notion de *jus cogens* dans le domaine de la responsabilité des Etats, et tente de démontrer que les articles de la CDI tendent à étayer son point de vue. Pour l'Allemagne, cela tient au fait que «[l']article 41 n'ouvre à l'Etat victime aucune voie extra-juridique qui lui permettrait de se rendre justice à lui-même pour défendre les droits qu'il estime détenir, en recourant à son propre système judiciaire»<sup>66</sup>. Cet argument est clairement erroné. Il est vrai que l'article 41 ne prévoit pas expressément, parmi les conséquences d'une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, la possibilité de refuser l'immunité à l'Etat responsable de cette violation. Toutefois, il conviendrait tout d'abord de souligner que, dans des circonstances bien précises, le refus de l'immunité pourrait être considéré comme une conséquence de l'obligation énoncée au paragraphe 2 de l'article 41 des articles de la CDI de ne pas reconnaître comme licites les violations des normes impératives et de ne pas prêter assistance au maintien de la situation créée par ces violations<sup>67</sup>. Mais surtout, l'argument de l'Allemagne est clairement contredit par la clause figurant au paragraphe 3 de l'article 41, qui prévoit que «le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre». Cette clause intéresse particulièrement la présente analyse car, contrairement à ce qu'affirme l'Allemagne, elle laisse entrevoir l'existence de conséquences supplémentaires pouvant découler de la notion de normes impératives. La CDI a clairement relevé ce point dans les termes suivants :

«Le paragraphe 3 fait donc une place à toutes les conséquences juridiques supplémentaires que peut entraîner, au regard du droit international, la commission de violations graves au sens de l'article 40. Le fait que de telles conséquences ne sont pas mentionnées expressément au chapitre III est sans préjudice de leur reconnaissance par le droit international contemporain ou de leur développement ultérieur.»<sup>68</sup>

4.13. Le fait que, en 2001, la CDI ait jugé nécessaire d'insérer une clause de non-préjudice relative aux conséquences juridiques supplémentaires du *jus cogens* n'est pas surprenant si l'on considère que, en 1999, le groupe de travail de la CDI sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens avait souhaité appeler l'attention de la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur un «autre fait ... survenu dans la pratique des Etats et le droit interne», à savoir, «la thèse de plus en plus souvent avancée selon laquelle il conviendrait de refuser l'immunité en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*, notamment l'interdiction de la torture»<sup>69</sup>.

4.14. Comme on le sait, à l'époque, la Sixième Commission avait décidé de ne pas reprendre ses travaux de codification visant à inclure dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles une disposition consacrée à la question de l'immunité en cas de violations de règles du *jus cogens*. Toutefois, un bref examen du débat qui eut lieu à la Sixième Commission sur ce sujet est particulièrement instructif, étant donné qu'il révèle que les Etats étaient tout à fait conscients de l'incidence du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats.

---

<sup>66</sup> RA, par. 66.

<sup>67</sup> Alexander Orakhelashvili, «State Immunity and Hierarchy of Norms : Why the House of Lords Got It Wrong», *European Journal of International Law* (2007), 955-970, p. 967.

<sup>68</sup> *Annuaire de la CDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 124 (VF) ; les italiques sont de nous.

<sup>69</sup> *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II, deuxième partie, p. 181 (VF). Voir également CMI, par. 4.99.



4.15. Parmi les vues exprimées par les Etats au cours de ce débat, il convient d'accorder une attention particulière à la position exprimée en 1999 par le directeur général des affaires juridiques du ministère allemand des affaires étrangères. Celui-ci avait alors déclaré :

35

«Les développements récents dans la pratique des Etats et dans la législation ont montré que la question de l'immunité juridictionnelle en cas de violation par des Etats de normes relevant des droits de l'homme et ayant le caractère de *jus cogens* étaient au centre du sujet des immunités juridictionnelles et méritaient d'être étudiés plus avant»<sup>70</sup>.

Ainsi, à l'époque, loin d'estimer que l'immunité n'était pas remise en cause par le caractère de *jus cogens* des normes violées, l'Allemagne avait reconnu l'existence d'une interdépendance entre les règles du *jus cogens* et le droit de l'immunité des Etats. Elle avait également reconnu l'existence de «développements dans la pratique des Etats et dans la législation» concernant cette question.

4.16. La position de l'Allemagne était loin d'être isolée au sein de la Sixième Commission. Ainsi, par exemple, se référant à la question de l'immunité dans des instances découlant de violations de règles du *jus cogens*, le représentant de Chypre avait déclaré : «La délégation chypriote note et approuve l'opinion de la délégation allemande, à savoir que la question a une importance énorme et fait partie intégrante du sujet des immunités juridictionnelles.»<sup>71</sup> Sur la même question, le représentant du Mexique avait fait observer :

«La délégation mexicaine ... pense comme la CDI que ces questions ne relèvent pas directement du projet d'article sur les immunités juridictionnelles mais que l'évolution des principes évoqués aura[it] des répercussions importantes sur l'ordre juridique international et les relations entre Etats»<sup>72</sup>.

4.17. Il convient de noter en passant que l'idée selon laquelle le droit de l'immunité des Etats en matière de violations graves de règles internationales d'une importance fondamentale serait en train d'évoluer semble trouver un appui grandissant dans les déclarations officielles ou autres faites par les Etats. Il suffit ici de renvoyer à la déclaration interprétative suivante, faite par la Suisse le 16 avril 2010 lorsqu'elle a déposé son instrument de ratification de la convention de New York de 2004 :

36

«[L]a Suisse considère que l'article 12 ne règle pas la question des actions en réparation pécuniaire pour violations graves de droits de l'homme prétendument attribuables à un Etat et commises en dehors de l'Etat du for. Par conséquent, cette convention ne préjuge pas les *développements du droit international dans ce domaine.*»<sup>73</sup>

4.18. Il est impossible d'analyser le contenu de la règle de l'immunité sans tenir compte des déclarations par lesquelles les Etats reconnaissent l'incidence de la notion de *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats ou notent l'évolution du droit international à cet égard. Ces déclarations montrent que les Etats sont de plus en plus conscients que, en matière de violation du *jus cogens*, le

---

<sup>70</sup> Nations Unies, déclaration de M. Westdickenberg, doc. A/C.6/54/SR.15, p. 10 (VF), par. 56.

<sup>71</sup> Nations Unies, déclaration de M. Jacovides, doc. A/C.6/54/SR.26, p. 16 (VF), par. 77.

<sup>72</sup> Nations Unies, déclaration de M. Sepulveda, doc. A/C.6/54/SR.18, p. 7 (VF), par. 36.

<sup>73</sup> Déclaration interprétative de la Suisse au sujet de l'article 12, 16 avril 2010, disponible sur <http://treaties.un.org> ; les italiques sont de nous. Voir également les déclarations faites par la Suède et le Danemark au moment de ratifier la Convention.

droit de l'immunité des Etats est en pleine évolution, la tendance actuelle — qui vise à concilier immunité et application effective des règles du *jus cogens* — allant vers une immunité plus restreinte. Ces déclarations peuvent donc être considérées comme l'expression de l'*opinio juris*<sup>74</sup>, à savoir que le droit de l'immunité des Etats n'est pas imperméable aux conséquences juridiques découlant de l'existence des règles du *jus cogens*.

37

4.19. Dans sa réplique, l'Allemagne tente de présenter les décisions rendues par les juridictions italiennes comme «un incident isolé», sans autres précédents si ce n'est, peut-être, les vues incongrues exprimées par certains auteurs<sup>75</sup>. Il apparaît toutefois que la situation est beaucoup plus complexe que l'Allemagne ne le prétend. Dans son contre-mémoire, l'Italie a déjà renvoyé à plusieurs éléments qui montrent que les juges et les législateurs nationaux contestent de plus en plus la règle de l'immunité dans des cas de violations de règles du *jus cogens*. Dans sa réplique, l'Allemagne essaie d'en minimiser l'importance en faisant valoir que ces éléments ne corroborent pas l'argument selon lequel «le fait qu'un requérant fonde sa demande sur un manquement allégué au *jus cogens* doi[t] entraîner la levée de l'immunité de l'Etat»<sup>76</sup>. Toutefois, la position de l'Allemagne semble être fondée sur une erreur de perspective. Selon elle, le renvoi à la pratique ne servirait qu'à prouver l'existence ou l'inexistence d'une nouvelle règle coutumière permettant aux Etats de refuser l'immunité dans tous les cas de violation d'une règle du *jus cogens*. L'Italie estime qu'il ne faut pas appréhender la pratique en ayant uniquement à l'esprit la question de savoir si une nouvelle règle prévoyant une exception d'ordre général à l'immunité s'est cristallisée. Les déclarations faites par les Etats ainsi que les décisions prises par les juridictions nationales et internationales sont éminemment importantes en ce qu'elles montrent à quel point l'Allemagne se fourvoie en prétendant nier l'existence d'un lien entre les règles du *jus cogens* et leur application. Contrairement à ce qu'affirme l'Allemagne, les Etats sont de plus en plus conscients du caractère prépondérant des règles du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats. C'est avant tout en ayant cette question à l'esprit qu'il faut analyser la pratique des Etats. De ce point de vue, le fait que, dans l'affaire *Al-Adsani*, portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, 8 juges sur 17 étaient prêts à admettre l'existence d'une exception à la règle de l'immunité est loin d'être sans importance<sup>77</sup> ; il atteste que les juges sont de plus en plus nombreux à partager la conviction que les règles du *jus cogens* ont également des incidences sur la portée de la règle de l'immunité des Etats.

4.20. La stratégie de l'Allemagne qui consiste à mettre exclusivement l'accent sur l'existence ou la non-existence d'une exception générale à l'immunité est claire. En se cantonnant à l'argument selon lequel il n'existe pas encore de pratique répandue et constante tendant à établir l'existence d'une règle à cet effet, l'Allemagne poursuit un objectif plus général, celui de démontrer que, de nos jours, l'existence de règles du *jus cogens* n'a pas de conséquence juridique sur le droit de l'immunité. En réalité, toutefois, ce que l'Allemagne demande à la Cour a des implications beaucoup plus larges. L'Allemagne, en nette contradiction avec ce qui ressort des travaux de la CDI dans le contexte du droit de la responsabilité des Etats, demande à la Cour de rejeter l'existence d'effets intrinsèques attachés à la notion de *jus cogens*. L'Allemagne demande également à la Cour d'ignorer les déclarations des Etats reconnaissant l'incidence des règles du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats, et de considérer ces déclarations comme dépourvues de pertinence juridique. Enfin, l'Allemagne demande à la Cour de ne pas tenir compte des divers éléments émanant de juridictions nationales et internationales qui attestent que le droit de l'immunité des Etats est en train de changer dans les cas de violations du *jus cogens*.

---

<sup>74</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 100, par. 188-190.

<sup>75</sup> RA, par. 7. Voir également, par. 58 et 64.

<sup>76</sup> *Ibid.*, par. 58.

<sup>77</sup> *Ibid.*, par. 62.

38

4.21. L'Italie est tout à fait consciente des difficultés auxquelles la Cour est confrontée lorsqu'elle est appelée à déterminer le contenu d'une règle donnée à un moment où cette règle est en pleine évolution. Elle est toutefois convaincue que la question qui se pose à la Cour n'est pas tant d'examiner si le seuil a été franchi et si une nouvelle règle coutumière prévoyant une exception générale à l'immunité dans chaque cas de violation de règles du *jus cogens* s'est cristallisée. La question sur laquelle la Cour sera amenée à se prononcer est très précise et doit être examinée et tranchée à la lumière des circonstances propres à la présente affaire. L'Italie a déjà mentionné plusieurs fois les circonstances particulières qui rendent la présente affaire exceptionnelle. Ces circonstances sont les suivantes :

- a) les violations du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie, pour la plupart sur le territoire italien, constituent indéniablement des violations graves de règles du *jus cogens* ;
- b) l'Allemagne a reconnu que ces crimes particulièrement graves, qui concernent la communauté internationale dans son ensemble, avaient été commis, et qu'ils engageaient sa responsabilité ;
- c) l'Allemagne n'a pas conclu d'accord avec l'Italie en vue d'indemniser les victimes de ces crimes ;
- d) en dépit de toutes les tentatives faites par les victimes pour obtenir réparation en saisissant directement les autorités allemandes, judiciaires notamment, elles n'ont pas obtenu de remède effectif en vertu du droit allemand ; enfin,
- e) plus de cinquante ans après la perpétration des actes criminels dont elles ont été les victimes, le recours aux juridictions italiennes représentait pour elles la seule possibilité qui leur restait d'obtenir une forme de réparation.

39

4.22. Ce sont ces circonstances si particulières qui mettent en lumière l'antinomie entre reconnaissance de l'immunité et application de normes impératives. L'Allemagne cherche à la minimiser en répétant que l'immunité n'exclut pas la possibilité d'obtenir réparation par d'autres moyens, en particulier par des accords entre Etats, et en faisant observer que «les citoyens italiens ne se sont jamais vu refuser l'accès au système judiciaire allemand pour formuler les griefs qu'ils nourrissaient envers l'Allemagne»<sup>78</sup>. Toutefois, la description que fait l'Allemagne de la situation qui se trouve au cœur même du présent différend est trompeuse. Comme nous l'avons dit, la plupart des victimes italiennes des violations graves du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie n'ont pas été prises en compte dans le régime de réparation d'après-guerre convenu entre l'Italie et l'Allemagne, ni dans ceux mis en place unilatéralement par l'Allemagne. Ces victimes ont essayé de se tourner vers le système judiciaire allemand, mais les recours prévus par le droit allemand n'offraient pas de possibilité raisonnable d'obtenir une réparation effective. En réalité, toutes les procédures engagées par les victimes italiennes auprès des juridictions allemandes ont été infructueuses.

4.23. L'Italie fait valoir que, compte tenu des circonstances de la présente espèce, dans laquelle l'octroi de l'immunité à l'Etat auteur de violations aurait inévitablement exclu toute possibilité de garantir le respect d'obligations ayant un caractère de *jus cogens*, les juges italiens ont estimé, à juste titre, qu'ils n'étaient pas tenus de reconnaître l'immunité de l'Allemagne. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si une nouvelle règle prévoyant une exception générale à l'immunité s'est cristallisée. Ce qu'il faut, c'est évaluer, à la lumière des principes actuels du droit international, les conséquences d'une situation exceptionnelle dans laquelle un conflit clair et inéluctable oppose l'immunité et l'application des règles du *jus cogens*. Dans ces circonstances

---

<sup>78</sup> RA, par. 34.

exceptionnelles, l'application de règles du *jus cogens* a pour effet d'exonérer un Etat de l'obligation d'accorder l'immunité. L'immunité ne peut être utilisée comme un moyen de soustraire l'Etat auteur de violations graves de règles du *jus cogens* à l'obligation d'assumer les conséquences de son comportement illicite. Lorsque les victimes de crimes graves, privées de tout recours effectif pour obtenir réparation, dont le recours aux juridictions nationales de l'Etat responsable du comportement illicite, n'ont pas d'autre choix que de recourir aux juridictions de l'Etat dont elles sont ressortissantes et où les crimes en cause ont été commis, la portée de l'obligation de reconnaître l'immunité peut être considérée comme étant déjà restreinte en l'état actuel du droit international. Cela s'explique par la force normative prépondérante des règles du *jus cogens*. Les juges italiens avaient donc le droit de ne pas reconnaître l'immunité de juridiction de l'Allemagne.

#### **Section 4. Dans les circonstances de l'espèce, le comportement des juges italiens doit être considéré comme justifié**

40

4.24. Dans la section précédente, l'Italie a démontré que, dans des circonstances exceptionnelles, l'application de règles du *jus cogens* avait pour effet de limiter la portée de l'obligation d'accorder l'immunité à un Etat étranger pour des actes accomplis *jure imperii*. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente espèce, force est donc de conclure que les juges italiens n'étaient nullement tenus d'accorder l'immunité à l'Allemagne dans le cadre des affaires portées devant eux par les victimes de violations graves du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie pendant la seconde guerre mondiale. Dans la présente section, l'Italie démontrera que, même à supposer qu'elle avait l'obligation de reconnaître à l'Allemagne l'immunité de juridiction, l'inexécution de cette obligation n'a pas engagé sa responsabilité internationale vis-à-vis de cet Etat puisque, compte tenu des circonstances, son comportement était dicté par la nécessité de ne pas contribuer à perpétuer une situation allant clairement à l'encontre de la mise en œuvre effective de règles du *jus cogens*.

4.25. Dans le cadre de ses travaux de codification des règles relatives à la responsabilité des Etats, la CDI a mentionné la possibilité qu'un traité ou une règle de droit international coutumier, «apparemment licite dans son libellé et légitime dans ses objectifs, ne soit pas appliqué pour ne pas risquer de violer une norme impérative ou de contribuer grandement à sa violation»<sup>79</sup>. Il existait un large accord au sein de la CDI sur le fait que, en pareil cas, les normes impératives auraient pour effet d'excuser l'inobservation des obligations entrant en conflit avec elles<sup>80</sup>. Finalement, la CDI décida de ne pas faire figurer dans les projets d'articles une disposition traitant spécifiquement de cette hypothèse, estimant que cela n'était pas nécessaire car «les normes impératives du droit international général génèrent de puissants principes d'interprétation qui devraient permettre de résoudre la totalité ou la plupart des conflits apparents»<sup>81</sup>.

4.26. Le fait que la CDI a reconnu que «les normes impératives du droit international général génèrent de puissants principes d'interprétation» revêt la plus haute importance aux fins de la présente espèce. Cela confirme en effet la thèse de l'Italie selon laquelle, lorsqu'un conflit entre immunité et application effective de règles du *jus cogens* se fait jour, il doit être réglé en tenant compte de l'effet prépondérant de ces dernières. En outre, cela étaye là encore ce qui a été indiqué

---

<sup>79</sup> James Crawford, *Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats*, Nations Unies, doc. A/CN.4/498/Add. 2, p. 41.

<sup>80</sup> Voir le projet d'article 29bis rédigé en 1999 par le rapporteur spécial, M. James Crawford, *ibid.*, p. 56. Ce projet d'article se lisait comme suit : «L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait est requis, étant donné les circonstances, par une norme impérative du droit international général».

<sup>81</sup> *Annuaire de la CDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 90 (VF).

41

dans les sections précédentes de la présente duplique au sujet de l'interprétation des clauses de renonciation contenues dans le traité de paix de 1947 et les accords de 1961 : ces clauses doivent être interprétées d'une manière qui soit conforme aux principes régissant la réparation de violations graves du droit international humanitaire, que ces principes aient déjà, en 1947, acquis le statut de règles du *jus cogens* — ainsi que l'Italie le soutient — ou non. A cet égard, tout en réitérant bien entendu sa position, l'Italie tient à préciser ici que les travaux de la CDI confirment clairement que, dans certaines circonstances, les règles impératives ont pour effet d'excuser l'inobservation d'une obligation internationale.

4.27. Dans son opinion individuelle bien connue en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, M. le juge *ad hoc* Lauterpacht s'est référé à une situation qui présentait certaines analogies avec celle qui est à l'examen en la présente espèce. Il a indiqué :

«Il n'y a pas lieu d'envisager que le Conseil de sécurité se trouve jamais adopter délibérément une résolution qui ferait ouvertement et directement fi d'une règle du *jus cogens* ou qui prescrirait une violation des droits de l'homme. Mais on ne saurait exclure la possibilité que, par inadvertance ou de façon imprévisible, le Conseil de sécurité adopte une résolution qui aboutirait à une telle situation.»<sup>82</sup>

A cet égard, il est significatif que M. Lauterpacht ait précisé que, en pareille hypothèse, il serait «loisible aux membres de l'ONU de ... méconnaître» les obligations découlant de la résolution en question du Conseil de sécurité<sup>83</sup>.

4.28. Il ne fait guère de doute que, si les juridictions italiennes avaient accordé l'immunité à l'Allemagne, cela aurait eu pour conséquence de priver les victimes italiennes de crimes nazis de leur ultime possibilité d'obtenir réparation. Les juridictions italiennes n'avaient donc pas le choix : soit elles reconnaissaient à l'Allemagne l'immunité de juridiction dans les affaires dont elles étaient saisies, auquel cas elles auraient grandement contribué à entériner une situation dans laquelle les conséquences juridiques des crimes perpétrés plus d'un demi-siècle plus tôt par l'Allemagne nazie étaient entièrement méconnues ; soit elles levaient l'immunité, faisant ainsi justice aux victimes de ces crimes. Elles ont choisi la seconde solution. L'Italie soutient que, même à supposer, pour les besoins de la démonstration, qu'elle avait l'obligation d'accorder l'immunité à l'Allemagne, son refus de le faire doit, dans les circonstances de la présente espèce, être considéré comme justifié en raison de l'effet prépondérant des règles du *jus cogens*. En conséquence, le comportement des juridictions italiennes n'a pas engagé la responsabilité de l'Italie vis-à-vis de l'Allemagne.

---

<sup>82</sup> *C.I.J. Recueil 1993*, par. 102, p. 440-441.

<sup>83</sup> *Ibid.*, par. 103, p. 441.

42

**CONCLUSION**

Sur la base des faits et des moyens exposés ci-dessus et dans son contre-mémoire, et tout en se réservant le droit de compléter ou de modifier cette conclusion, l'Italie prie la Cour de dire et juger que toutes les demandes de l'Allemagne sont rejetées.

Rome, le 10 janvier 2011.

L'agent du Gouvernement de la République italienne,  
S. Exc. M. l'ambassadeur Paolo PUCCI DI BENISICHI.

L'agent du Gouvernement de la République italienne.  
M. Giacomo AIELLO.

---