

CR 2011/18

**International Court
of Justice**

**Cour internationale
de Justice**

THE HAGUE

LA HAYE

YEAR 2011

Public sitting

held on Tuesday 13 September 2011, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Owada presiding,

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

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2011

Audience publique

tenue le mardi 13 septembre 2011, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Owada, président,

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

COMPTE RENDU

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

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

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

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

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

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

as Agents;

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

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

as Counsel and Advocates;

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

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

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

Mr. Gregor Schotten, Federal Foreign Office,

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

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

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

as Advisers;

Ms Fiona Kaltenborn,

as Assistant.

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

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

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

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

comme agents ;

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

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

comme conseils et avocats ;

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

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

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

M. Gregor Schotten, ministère fédéral des affaires étrangères,

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

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

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

comme conseillers ;

Mme Fiona Kaltenborn,

comme assistante.

The Government of the Italian Republic is represented by:

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

as Agent;

Mr. Giacomo Aiello, State Advocate,

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

as Co-Agents;

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

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

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

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

as Counsel and Advocates;

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

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

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

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

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

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

as Advisers.

Le Gouvernement de la République italienne est représenté par :

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

comme agent ;

M. Giacomo Aiello, avocat de l'Etat,

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

comme coagents ;

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

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

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

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

comme conseils et avocats ;

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

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

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

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

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

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

comme conseillers.

The Government of the Hellenic Republic is represented by:

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

as Agent;

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

as Deputy-Agent;

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

as Counsel and Advocate;

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

as Counsel.

Le Gouvernement de la République hellénique est représenté par :

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

comme agent ;

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

comme agent adjoint ;

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

comme conseil et avocat ;

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

comme conseil.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open.

The Court meets today to hear the first round of oral argument of Italy. I am now going to give the floor to His Excellency Mr. Giacomo Aiello, Co-Agent of the Italian Republic. Unfortunately, the Agent of the Italian Republic, His Excellency Ambassador Mr. Paolo Pucci di Benisichi, cannot be here for health reasons. I offer my sympathy and wish for his quick recovery. Now, Ambassador Mr. Giacomo Aiello, you have the floor.

Mr. AIELLO:

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, it is a great honour and a true privilege to represent my country before this Court as Co-Agent in this case between Italy and the Federal Republic of Germany. With the permission of the Court, I will address the Court in the place of Italy's Agent, Ambassador Paolo Pucci di Benisichi — who for health reasons is unable to be with us today. I am sure that you will allow me to wish him a speedy recovery on behalf of all of us.

2. Allow me to begin this intervention by immediately stressing how much the Italian Government shares the sentiments of sincere friendship expressed by the Agent of the German Government in her introductory remarks. The dispute between our countries, now before this Court for judgment, can in no way tarnish the excellent relations Italy maintains with a country that participates with it in the same community of values, rules and interests, namely the European Union, of which Germany and Italy were among the co-founders. Still today, as part of the Union, Germany and Italy are closely aligned in an ambitious and exciting endeavour to construct, in Europe, a society of advanced pluralist democracy based on the rigorous observance of the rule of law and based, furthermore, on unyielding respect for human rights and fundamental freedoms. With Germany we share a history of joint initiatives and joint political, economic and social commitments in Europe and in the world. This history of shared commitments is in part based upon an awareness of a common — but fortunately distant — dark period of totalitarianism. But above all its roots lie in the very different subsequent period of post-War reconstruction, with its hallmarks of democracy and redemption.

3. It was in the distant, dark past experienced by our two countries that the facts underlying the dispute which this Court is called on to decide arose. At the origin of this dispute are the many still uncompensated Italians who suffered as victims of crimes perpetrated by the German occupation forces — and here of course I speak of a Germany that was radically different from the Germany to which Italy feels so close today. The crimes we are concerned with occurred in the final years of the Second World War. It was crimes, whose victims were never granted reparations, which led the Italian Court of Cassation to deny Germany the traditional privilege of State immunity — there being no other way to provide justice for the many individuals deprived of it for so long.

4. Mr. President, the sincere friendship that ties our two countries together is also shown by the fact that, in order to resolve this very delicate dispute, which has not been possible to settle by other means, our two Governments have both agreed to submit to the impartial judgment of this Court, each being fully conscious of the Court's important mission — conferred upon it in its capacity as “principal judicial organ of the United Nations” — to “administer international law” with the unparalleled authority and competence it is universally recognized to possess.

5. I spoke of an agreement because, while it is true that the instant dispute was submitted to the Court through the Application presented by Germany on 23 December 2008, it is also true — and it seems important to underline — that Germany's Application was submitted a few weeks after the Joint Declaration of Trieste of 18 November 2008, by means of which the Italian Government indicated its sincere understanding of Germany's decision to call on the Court to decide on the question of State immunity. The Court will have observed that Italy raised no objection, or reservation, or caveat of any sort in our written pleadings with regard to the scope of the Court's jurisdiction in the present case: to do so would have been inconsistent with the principle of good faith. Both sides thus fully share the conviction that the judgment of the Court will clarify the complex issue before us, just as we share the commitment to abide scrupulously by the rulings that the Court shall deem appropriate to address to us.

6. In this regard I should like to recall that in April 2010 the Italian Government, followed by the Italian Parliament in June of the same year, adopted appropriate legislative measures suspending until the end of 2011 the execution of all Italian judgments ruling against Germany

pending the decision of this Court. Such execution will occur only should the Court decide that Italy has not committed the wrongful acts complained of by Germany. In the event that the Court's deliberations should require additional time, the Italian Government is prepared to propose to Parliament to extend the suspensive effect of the measures already adopted.

7. Mr. President, distinguished Members of the Court, as you know, since the judgment of the Italian Court of Cassation in the *Ferrini* case was rendered on 11 March 2004, in Italy there has been a progressive consolidation of related case law, which by now is coherent and abundant. In this jurisprudence, alleged by Germany to be illegal, Italian courts seised by victims of Nazi crimes seeking reparations have refused to recognize Germany's immunity from their jurisdiction. Very recent judgments have adopted the same approach. The most important of these is the Court of Cassation's Judgment No. 11163 of 12 January 2011 (deposited with the Registrar of the Court of Cassation on 20 May 2011). Since it may please the Court to consider the relevance of this judgment, we have included in the judges' folders an Italian text and an English and French-language translation of the central part of the text.

8. Germany is asking this Court to decide that this denial of immunity should be deemed a wrongful act engaging Italy's international responsibility vis-à-vis the German State. The Italian Government, by contrast, would urge the Court to recognize that no such wrongful act has been committed, in particular because the denial of State immunity by the Italian Courts is, in the circumstances of this case, justified in law. This position, which has been presented in detail in our written pleadings, will be illustrated succinctly by counsel.

9. Mr. President, since the time granted for pleadings is limited I will proceed with some preliminary clarifications, but I will keep them very brief in order to leave enough time for the presentations to be made by counsel.

The first clarification is that Italy does not intend to call into question the established principle — to which Italy remains very attached — that every State is obliged to recognize immunity to foreign States before its courts with respect to acts *jure imperii*. Italy does not in any way deny that this principle of immunity, although it does not form part of *jus cogens* — as was made clear in our Rejoinder —, maintains its great importance in international relations. This is so even if it must also be recognized that State immunity imposes an important limitation of

sovereignty on States with respect to their exercise of jurisdiction, as a result of which they cannot guarantee for individuals a right of effective access to courts, that is to say, the right of each person to have his or her case heard by an independent tribunal. However, this limitation of State sovereignty and this sacrifice imposed on the individual must be justified by overriding reasons and must not exceed the limits of proportionality, as has been repeatedly emphasized by the European Court of Human Rights. In other words, even for acts *jure imperii*, State immunity cannot be regarded as absolute. Indeed, in this case we are asking the Court first of all to recognize the existence of exceptional cases in which the denial of immunity is justified as a last resort in order to ensure that peremptory principles of international law are respected; and second to find that such denial is authorized in law where a national court is seised with a view to obtaining reparation for serious crimes perpetrated or having produced effects within the territory of the forum State.

10. The second clarification concerns the reasons why Italy continues to stress the failure on the part of Germany to fulfil the peremptory obligation of reparation in favour of very numerous victims of war crimes and crimes against humanity imputable to the Third Reich, despite the fact that the Court, in your Order of 6 July 2010, rejected as inadmissible Italy's counter-claim which urged the Court to acknowledge Germany's failure to provide reparations. Italy does not contest that Order, but rather accords it the greatest respect. Nevertheless, it should be emphasized that what the Court decided was that Italy's counter-claim raised an issue which was held to fall outside the Court's jurisdiction *ratione temporis*. The Court in no way excluded that the events to which the counter-claim referred — specifically, the denial of any reparations in favour of certain victims of Nazi crimes — could be invoked to play a role (and possibly a major one) as grounds of defence in the proceedings on the merits of the case brought by Germany, and thus to determine whether or not Italy has violated its international obligations in the area of jurisdictional immunity of States.

11. Mr. President, distinguished Members of the Court, I come now to what is unquestionably at the heart of the case before you. Italy recognizes and duly appreciates the enormous effort made by the “new” Germany to redress the misdeeds and atrocities of all kinds committed by the Nazi authorities, for which it has honourably assumed full international responsibility. However, Italy cannot fail to note that several categories of persons, among all those who were victims of war crimes and crimes against humanity of exceptional gravity (in

particular, the victims of indiscriminate massacres perpetrated by German armed forces as well as most of the Italian military detainees), were never granted by Germany any possibility to obtain any form of reparation, and that furthermore no international instrument ever released Germany from its obligations arising from such crimes (and could not have done so). The Italian courts thus found themselves in an exceptional situation: they provided the only means, a means of last resort, left to the victims to try to secure, for their benefit, respect for the peremptory prescriptions of international law in the field of reparations for war crimes and crimes against humanity. The peremptory character of those prescriptions was, moreover, already clear at the time the crimes were committed. In the light of these exceptional circumstances, the decision of the Italian courts not to recognize Germany's immunity from jurisdiction appears justified in law: this is the proposition that the Italian Government has the honour to submit to the Court. It is important to be extremely clear on this point, Mr. President: the Italian Government readily admits that no justification could be invoked, concerning the refusal of the Italian judges to grant jurisdictional immunity to Germany, if the German Government were to recognize that it has not to date offered due reparations to very many of the victims of the Nazis' crimes, and if, accordingly, it agreed to take measures which it considers proper under the circumstances, including, where appropriate, the conclusion of suitable international agreements with Italy.

12. Mr. President, distinguished Members of the Court, there is one last preliminary clarification to be made. In the written pleadings, Italy had not specifically taken a position on one of the demands presented by Germany in its Application, namely Request No. 2, according to which the Italian Republic, in taking measures of constraint against "Villa Vigoni", a property of the German State located in Italy, violated Germany's immunity from coercive measures because this property is unquestionably used by Germany for non-commercial purposes, as an instrument of its cultural foreign policy. The Italian Government finds it appropriate to take a position now as to Germany's claim in this regard. Italy fully supports the activities of Villa Vigoni as a centre of excellence for the Italian-German co-operation in the fields of research, culture and education and is directly involved in its peculiar bi-national (German and Italian) managing structure. Therefore, Italy will not object to any decision by the Court stating that Italy is obliged to take measures necessary to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled.

13. All that remains for me, Mr. President, is to present to the Court the counsel who will elaborate on the legal arguments Italy raises. Professor Luigi Condorelli will discuss the subject-matter of the case that has been submitted to the Court, and present Italy's principal arguments. Professor Salvatore Zappalà will then show the Court why Germany's failures to fulfil its obligations of reparation in favour of the victims of the international crimes perpetrated by the Nazi authorities are of decisive importance with regard to the case before you. He will be followed by Professor Paolo Palchetti, who will analyse the pertinent principles in the field of State jurisdictional immunity and will demonstrate that Italy — contrary to Germany's claims — has not violated those principles. Finally, Professor Pierre-Marie Dupuy will address his remarks to the position of the Italian courts and will show that, in deciding as they did, they acted in respect for the principles of international law, and that they have not engaged the international responsibility of the Italian State.

I would now ask you, Mr. President, to give the floor to Professor Condorelli, and I thank you for your attention.

The PRESIDENT: I thank Mr. Giacomo Aiello for his presentation. May I now invite Professor Luigi Condorelli to make his presentation.

M. CONDORELLI :

LE DIFFÉREND SOUMIS À LA COUR : UN APERÇU DES QUESTIONS À RÉGLER

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, c'est un grand honneur pour moi de pouvoir me présenter encore une fois devant votre Cour et un grand privilège d'être chargé cette fois-ci par le gouvernement de mon propre pays de vous illustrer les arguments principaux sur lesquels la République italienne base sa requête à la Cour de dire et juger que les demandes présentées par la République fédérale allemande, dans sa requête introductive d'instance du 23 décembre 2008, ne sont pas fondées.

1. Le différend qui oppose les Parties et l'ordonnance du 6 juillet 2010

2. Monsieur le président, l'agent de l'Italie vient de rappeler quel est dans son essence le différend qui oppose nos deux pays : il s'agit pour votre Cour de décider si l'Italie est à considérer

ou non comme responsable envers l'Allemagne de faits internationalement illicites résultant de ce que les tribunaux italiens refusent de reconnaître à celle-ci l'immunité de juridiction lorsqu'ils sont saisis par des victimes de crimes nazis cherchant à obtenir réparation. Suite à votre ordonnance du 6 juillet 2010, par laquelle vous avez jugé que la demande reconventionnelle présentée par l'Italie ne relevait pas de la compétence de la Cour, il s'avère que la seule question litigieuse que vous avez à trancher porte justement sur l'identification des principes de droit international relatifs à l'immunité juridictionnelle des Etats et sur leur application *in casu* : rien de plus, Monsieur le président, mais rien de moins non plus.

3. Il n'y a aucun désaccord entre les Parties s'agissant de constater que les principes de droit international auxquels il faut se référer pour le règlement du présent différend sont de nature coutumière, en l'absence de conventions pertinentes qui lieraient entre elles les Parties. Il n'est pas contesté non plus que ces principes ne garantissent pas (ou ne garantissent plus) aux Etats l'immunité absolue de juridiction devant les tribunaux des autres Etats, l'immunité devant être conçue de nos jours comme restreinte aux seuls actes *jure imperii*, et encore soumise — même pour ces derniers — à un certain nombre d'exceptions : ainsi, par exemple, dans le cas dit de la «tort exception» ou «exception délictuelle», à savoir lors de dommages imputables à un Etat étranger infligés sur le territoire de l'Etat du for. Bien entendu, nos vues diffèrent pour ce qui est de la signification exacte et de la portée des exceptions à l'immunité : du côté italien nous sommes convaincus en plus et de surcroît que, dans certaines situations limites engendrées par des violations gravissimes de normes internationales fondamentales, le refus d'accorder l'immunité doit être considéré, en présence de circonstances spécifiques appropriées, comme justifié en droit : nous aurons partant l'occasion de revenir à plusieurs reprises sur ces aspects. Mais nos vues ne diffèrent pas des deux côtés de la barre quant au constat que l'immunité juridictionnelle des Etats ne couvre indiscutablement plus tous les cas dans lesquels les tribunaux d'un Etat sont saisis par des demandeurs souhaitant soumettre à leur jugement des actes quels qu'ils soient d'un autre Etat, comme cela arrivait à l'époque révolue de l'immunité absolue. Autrement dit, de nos jours pour décider si l'acte de l'Etat étranger rentre ou ne rentre pas parmi ceux couverts par l'immunité restreinte, et tombe ou non sous l'une ou l'autre des exceptions prévues, les tribunaux nationaux

sont bien obligés d'analyser cet acte à titre préliminaire, d'en étudier la nature, les caractéristiques, en somme de le qualifier, de le définir.

4. Cette remarque serait à elle seule suffisante pour mettre en évidence combien l'Allemagne erre quand elle prétend, invoquant à tort à son appui votre ordonnance du 6 juillet 2010, que la question portant sur l'obligation de l'Allemagne d'offrir réparation aux victimes italiennes des crimes perpétrés par les autorités nazies échapperait à la compétence de la Cour et, en conséquence, ne pourrait aucunement influencer aux fins du règlement du présent différend¹. Mais votre ordonnance, Monsieur le président, n'a absolument rien dit de pareil ! Vous aviez à vous pencher exclusivement sur la recevabilité de la demande reconventionnelle italienne, et non pas sur le fond de la demande présentée par l'Allemagne. Et en effet vous avez décidé que la demande reconventionnelle, qui visait à obtenir la constatation judiciaire de la responsabilité internationale de l'Allemagne pour la violation en l'espèce de l'obligation de réparation, était irrecevable parce qu'elle échappait *ratione temporis* à la compétence de la Cour. Cependant, vous vous êtes bien gardés d'exclure que la question de la violation de l'obligation de réparation puisse relever pour trancher au fond le différend tel qu'il vous a été soumis par la République fédérale allemande.

5. En effet, votre compétence pour trancher au fond le présent litige vous impose de prendre connaissance à titre incident des manquements allemands à l'obligation de réparation, sans quoi vous ne pourriez pas vous prononcer sur le bien-fondé ou non de l'argument central défendu par l'Italie, d'après lequel c'est justement à cause de ces manquements que les tribunaux italiens s'avèrent légitimés à refuser l'immunité de juridiction. La réplique allemande se lance donc à tort dans des remarques bien inappropriées, en utilisant de surcroît un vocabulaire plus que discutable, lorsqu'elle étiquète de construction «futile»² la démarche italienne visant à prier la Cour de se pencher sur le dossier des réparations. Ce dossier, Monsieur le président, est loin d'être dépourvu de pertinence, est loin d'être «futile» : il pèse au contraire d'un poids tout à fait considérable aux fins du règlement du présent différend. L'affaire qui est soumise à votre Cour ne saurait être pour ainsi dire stérilisée — ainsi que le demandeur s'efforce de vous en persuader — en la réduisant à

¹ Réplique de l'Allemagne (RA), par. 2, 9.

² RA, par. 2.

une pure et simple question de rapports entre souverainetés, c'est-à-dire à une question décharnée de toute prise en considération de l'être humain, de ses besoins et de ses droits fondamentaux.

6. La réglementation internationale de l'immunité juridictionnelle des Etats est indiscutablement tributaire des principes relatifs à l'égalité souveraine des Etats, en ce sens qu'elle impose à chacun d'eux le respect des prérogatives souveraines des autres Etats et du libre exercice de leurs fonctions gouvernementales : l'Allemagne a parfaitement raison de le rappeler. Cependant, le demandeur a malheureusement tendance à oublier de mettre en exergue quel est pour ainsi dire le revers de la médaille, à savoir le coût de l'immunité pour l'Etat qui est soumis à l'obligation de l'accorder : cet Etat se trouve astreint, en effet, à d'importantes limitations de souveraineté concernant l'exercice de sa fonctions judiciaire, puisque l'immunité l'oblige à refuser de rendre justice en déniaut aux individus l'accès aux garanties judiciaires pour la protection de leurs droits et intérêts juridiques en cas de préjudices illégalement infligés par un Etat étranger, et ce en dérogation aux principes de son propre droit interne ainsi qu'aux obligations internationales en ce domaine qui lui sont prescrites par nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Ce lourd sacrifice infligé aux individus, lesquels se trouvent ainsi spoliés de leur «droit au juge» au nom d'intérêts supérieurs relatifs au respect de la souveraineté des Etats étrangers, doit cependant être précisément imposé par les besoins des relations internationales et ne doit pas se révéler hors de proportion par rapport auxdits besoins, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a répété sans cesse³ : les normes internationales en matière d'immunité sont justement censées réaliser l'équilibre entre ces exigences divergentes et leurs modifications successives traduisent la nécessité d'ajuster ledit équilibre en fonction des évolutions de la société internationale.

2. Les cas soumis aux juges italiens et leurs caractéristiques communes

7. S'il est vrai qu'en discutant d'immunité il ne faut pas oublier l'être humain, ses besoins et ses droits, il s'impose alors de souligner aussitôt un point qui devrait être toujours présent à l'esprit de chacun d'entre vous, Mesdames et Messieurs les juges, lorsque vous analysez les écritures des

³ Voir notamment, CEDH, affaire *Fogarty c. Royaume-Uni*, 37112/97, arrêt, 21 novembre 2001, par. 33 ; affaire *McElhinney c. Ireland*, 31253/96, arrêt, 21 novembre 2001, par. 34 ; affaire *Cudak c. Lituanie*, 15869/02, arrêt, 23 mars 2010, par. 55 ; affaire *Sabeh El Leil c. France*, 34869/05, arrêt, 29 juin 2011, par. 47.

Parties et écoutez les plaidoiries des agents et des conseils des deux côtés de la barre. Les juges italiens ont refusé de reconnaître l'immunité de juridiction à l'Allemagne dans une série de cas distincts les uns des autres : ici il s'agit par exemple de militaires capturés ou de civils ramassés au hasard par les forces armées allemandes et déportés en masse en Allemagne pour y être obligés au travail forcé dans des conditions s'apparentant à l'esclavage, au mépris total le cas échéant du statut de prisonniers de guerre auquel ils auraient eu droit ; là il est question de rescapés des atroces massacres perpétrés par l'armée occupante, ou de conjoints des gens assassinés dans le cadre de ce qui a pu être décrit comme une véritable guerre contre la population civile. Tous ces cas ont des caractéristiques communes, qui peuvent être résumées en quelques mots simplement.

8. La première est que ceux qui ont attaqué en justice l'Allemagne devant les tribunaux italiens en quête de réparation sont tous des victimes de violations du droit international humanitaire perpétrées par le III^e Reich (pour la plupart — il faut le souligner — en territoire italien) d'une gravité et (dans la majorité des cas) d'une atrocité telle que leur qualification comme infractions graves, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, ne fait pas le moindre doute : ceci n'est aucunement contesté par le demandeur, ainsi que votre Cour l'a d'ailleurs constaté au paragraphe 8 de l'ordonnance du 6 juillet 2010. La deuxième caractéristique est que l'Allemagne n'a jamais dénié qu'elle avait à assumer la pleine responsabilité internationale pour les crimes commis par les autorités nazies, y compris ceux dont il est question dans les procédures judiciaires précitées. La troisième est que la saisine des tribunaux italiens a été le fait de victimes pour lesquelles aucune — je répète : aucune — réparation n'a jamais été prévue et accordée par l'Allemagne, que ce soit par le biais de mesures internes ou suite à des accords internationaux avec l'Italie. La dernière est que, après plus de six décennies depuis la perpétration des crimes en question, le recours à la justice italienne est apparu aux victimes comme le seul et ultime moyen utilisable afin d'obtenir une quelconque forme de réparation, la seule voie encore ouverte à eux à cette fin, alors que toutes les autres voies concevables leur avaient été irrémédiablement fermées.

9. Voilà alors, réduite pour ainsi dire à l'os, la question à laquelle vous avez la lourde responsabilité de répondre, Mesdames et Messieurs les juges : la Cour doit-elle décider — ainsi que la Partie allemande le lui demande — que l'Italie a commis des faits internationalement illicites envers l'Allemagne parce que ses tribunaux refusent d'accorder à celle-ci l'immunité de juridiction

pour des actes *jure imperii*, précisément dans des cas ayant toutes et chacune des caractéristiques que je viens de décrire ? Ou bien votre Cour doit-elle considérer — comme on vous prie de le faire du côté italien — que justement, au vu desdites caractéristiques et circonstances tout à fait singulières, l'on ne peut qualifier d'internationalement illicite la dénégarion de l'immunité par le juge interne ?

10. Monsieur le président, l'Italie a déjà illustré par écrit les arguments sur lesquels elle fonde sa requête à votre Cour et reviendra aussitôt synthétiquement sur ces arguments au moyen des plaidoiries de ses conseils. Il m'incombe, quant à moi, de mettre au clair maintenant certains nœuds essentiels de l'argumentaire italien. En effet, à la lumière des remarques que je viens de présenter il me semble acquis que la Cour ne saurait s'acquitter de sa mission sans avoir premièrement identifié et défini les conduites étatiques au sujet desquelles l'Allemagne a été attaquée en justice devant les juges italiens. Deuxièmement, la Cour aura à se pencher sur la question de savoir comment jouent les principes relatifs à l'immunité juridictionnelle des Etats par rapport aux conduites ainsi définies.

3. La nature juridique des conduites étatiques mises en cause devant les juges internes

11. J'en viens au premier point. Il n'est pas disputé que les conduites étatiques mises en cause devant les tribunaux italiens, au sujet desquelles l'immunité de juridiction est invoquée, sont des faits illicites perpétrés en grande majorité en territoire italien, plus précisément des violations graves de principes essentiels du droit international humanitaire dont personne ne doute qu'ils étaient pleinement en vigueur au moment des faits. Faut-il rappeler ce que votre Cour a eu l'occasion de souligner en 1996 lorsque, en se référant aux codifications du droit humanitaire de 1907 et de 1949, elle a mis en évidence qu'il s'agit là de «règles conventionnelles qui étaient déjà devenues coutumières dans leur grande majorité et qui correspondaient aux principes humanitaires les plus universellement reconnus» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 258, par. 82 ; les italiques sont de nous).

12. Il convient de mettre aussitôt en exergue que les conduites en question relèvent d'une double illégalité, et ont d'ailleurs été mises en cause devant les juges italiens justement en fonction de cette double illégalité : en effet, sur les crimes originaires, pour ainsi dire localisés dans le temps

(les massacres, l'assujettissement à la déportation et au travail forcé, etc.), s'est greffée la violation de l'obligation de réparation. Celle-ci doit être définie, comme on le sait (ainsi que le proclame l'article 14, paragraphe 2, des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001), comme «la violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu».

13. Dans quelques instants le professeur Zappalà examinera plus en détail ces thèmes et montrera en particulier que l'Allemagne ne s'est jamais acquittée de l'obligation de réparation en faveur de diverses catégories de victimes des crimes nazis, parmi lesquelles M. Ferrini et les autres : il s'agit donc de comportements dont l'illicéité dure toujours présentement, puisqu'y est en jeu la violation d'obligations dont l'Allemagne n'a été libérée par aucun accord international (contrairement à ce qu'elle prétend), ni n'aurait pu l'être d'ailleurs. Il sied de rappeler à ce propos un principe clef du droit humanitaire auquel le demandeur n'a dédié curieusement que quelques mots bien hâtifs dans ses écritures⁴, en prétendant qu'il n'aurait rien à voir avec l'objet du présent différend, et même pas un seul mot hier matin : ce qui est vraiment surprenant ! Ce principe, sur lequel la Cour écoutera davantage tout à l'heure, est codifié dans une disposition commune aux quatre conventions de Genève de 1949 (articles, respectivement, 51, 52, 131 et 148) qui exclut expressément la validité de tout accord international par lequel des Etats s'exonéreraient de la responsabilité pour des violations graves du droit international humanitaire. Or, que seraient-elles d'autre les clauses de renonciation qu'invoque à tout bout de champs l'Allemagne (telle celle qui figure à l'article 77, paragraphe 4, du traité de paix de 1947), sinon justement des accords exonérateurs interdits, si ces clauses conventionnelles devaient être interprétées comme couvrant les infractions graves perpétrées par les autorités nazi ? Mais en vérité — j'anticipe sur ce qui sera illustré incessamment — ce n'est absolument pas le cas : l'Italie s'est sans aucun doute engagée à renoncer à beaucoup de choses, mais elle ne s'est pas engagée à exonérer l'Allemagne de sa responsabilité pour les infractions graves commises, ce qui lui aurait été de toute façon interdit de faire.

⁴ RA, par. 47.

14. Monsieur le président, les conduites étatiques mises en cause devant les tribunaux italiens, au sujet desquelles l'immunité de juridiction est invoquée par l'Allemagne, sont donc des faits illicites aux connotations bien singulières, s'agissant de violations graves d'obligations prescrites par des principes de droit international consacrant des valeurs fondamentales de la communauté internationale : des principes faisant assurément partie de ce que votre Cour a défini comme des «règles du droit humanitaire ... si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité»», et que votre Cour a pu les définir comme s'imposant «à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 257, par. 79*). Peut-on faire usage, au sujet de «règles si fondamentales» — pour utiliser le langage de la Cour — du terme de «*jus cogens*», quoiqu'elles aient été incontestablement en vigueur à l'époque des faits, donc bien antérieurement à la date de naissance de la convention de Vienne de 1969 et de son article 53 ? Voilà un débat dans lequel il serait à mon sens bien stérile de plonger, n'en déplaise à la Partie demanderesse : ceci d'autant plus qu'elle a bien admis en passant que les principes pertinents du droit humanitaire «may be seen as precursors of the current concept of *jus cogens*»⁵. Ce qui compte en somme c'est de reconnaître qu'il s'agit bien de principes «intransgressibles», fondamentaux pour la protection de la personne humaine et, en particulier, qu'il n'était pas permis hier comme il n'est toujours pas permis aujourd'hui d'y déroger, que ce soit par le biais d'accords internationaux ou autrement. Je signale que dans son commentaire aux articles sur la responsabilité de l'Etat de 2001 la Commission du droit international a raisonné exactement de cette manière à propos des principes du droit international humanitaire⁶. Sans compter d'ailleurs que même si par hypothèse il devait convenir d'étiqueter ces principes comme relevant plutôt du *jus cogens superveniens*, ils ne manqueraient pas de déployer des effets tout au moins pour ce qui est de l'interprétation conforme des

⁵ RA, par. 45.

⁶ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, par. 5, sous art. 40 : «Au vu de ce que la Cour internationale de Justice a dit des règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui ont un caractère «intransgressible», il semblerait aussi justifié de les considérer comme impératives» ; «In the light of the description by ICJ of the basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict as «intransgressible» in character, it would also seem justified to treat these as peremptory».

instruments internationaux pertinents, au cas où de tels instruments seraient à prendre en compte et à appliquer présentement.

4. Le jeu des principes sur l'immunité juridictionnelle de l'Etat par rapport aux conduites étatiques en cause et le principe «*tempus regit actum*»

15. Une fois identifiées la nature et les caractéristiques essentielles des *acta jure imperii* imputables à l'Etat allemand qui ont été mis en cause devant les juges italiens, se pose pour votre Cour la question centrale de déterminer comment jouent à leur sujet les principes relatifs à l'immunité juridictionnelle des Etats. Les professeurs Palchetti et Dupuy viendront tout à l'heure à la barre pour développer les arguments qui devraient à notre sens convaincre votre Cour de dire et juger que la dénegation par les tribunaux italiens de l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne est en l'espèce justifiée en droit, compte tenu des caractéristiques singulières des cas soumis à la justice italienne, et que partant l'Italie n'a commis aucun fait illicite envers le demandeur.

16. Je n'ai, quant à moi, qu'à ajouter un mot de plus sur un thème général déjà abondamment discuté par les Parties : celui de savoir si les principes de droit international concernant l'immunité juridictionnelle des Etats, à appliquer pour régler le présent différend, sont ceux actuellement en vigueur, ou bien ceux d'antan, comme le soutient le défendeur. Pour lui, en effet, les tribunaux italiens auraient dû s'en tenir aux principes tels qu'ils existaient à l'époque des faits incriminés (donc dans les années quarante), puisque — allègue-t-il — *tempus regit actum*. Du côté italien, en revanche, on ne soulève pas, bien entendu, quelque objection que ce soit quant à la validité générale du principe *tempus regit actum*, mais on souligne que les actes à évaluer à la lumière des normes de droit international relatives à l'immunité ne sont pas les crimes de guerre et contre l'humanité des années quarante : ce sont les décisions des juges italiens qui, à partir de 2004, ont affirmé qu'ils pouvaient exercer leur juridiction à l'égard de l'Allemagne. Les faits illicites dont l'Allemagne accuse l'Italie, et auxquels se réfère sa demande présentée à votre Cour, sont justement constitués par la «judicial practice»⁷, par la pratique judiciaire italienne, débutant avec l'arrêt *Ferrini* de 2004, par laquelle — pour utiliser encore les mots du demandeur — «Italy has infringed and continues to infringe its obligations towards Germany under international law.»⁸

⁷ Requête de l'Allemagne, par. 13.

⁸ Requête de l'Allemagne, par. 13.

C'est donc sur la base des principes internationaux en vigueur au moment où le juge interne est saisi d'une demande mettant en cause l'Etat étranger qu'il faut répondre à la question de savoir si ce juge a agi ou non en conformité avec les obligations internationales de l'Etat concernant l'exercice de sa juridiction vis-à-vis des Etats étrangers. Les positions de part et d'autre ayant été clairement exposées, ce ne serait pas utile de revenir encore sur ce débat, sinon pour une dernière observation.

17. On sait qu'en droit italien la présence ou l'absence de la juridiction doivent toujours être établies sur la base du droit en vigueur au moment de la saisine du juge. Et il est notoire que la même conception est suivie pour ce qui est de la question de décider si le juge peut ou non exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat étranger : la jurisprudence est constante à ce sujet, s'inscrivant dans le sillage de l'enseignement de maîtres célèbres comme Gaetano Morelli et Mario Giuliano, et autres.

18. Dans sa duplique⁹ l'Italie a rappelé que la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 consacre en son article 4 exactement cette approche, qui traduit par ailleurs les résultats des travaux de la Commission du droit international auxquels aucun Etat ne s'était opposé : en effet, l'article 4 prescrit bien l'irrétroactivité de la convention, mais en indiquant expressément que celle-ci «ne s'applique à aucune question relative aux immunités juridictionnelles des Etats ou de leurs biens soulevée dans une procédure intentée contre un Etat devant un tribunal d'un autre Etat avant l'entrée en vigueur de la présente convention...». Autrement dit, ce qui compte afin d'établir si les principes de la convention sont applicables ou non n'est pas la date des actes de l'Etat étranger mis en cause, mais la date de la saisine du juge national, les actes en question pouvant donc être bien antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention.

19. Certes, la convention de 2004 n'est pas encore en vigueur, même si le nombre de ratifications continue d'augmenter — douze à ce jour, puisque vient de tomber celle de la France : d'autres ratifications, y compris celle de l'Italie, sont en préparation. Certes, quelques rares Etats adoptent des solutions différentes dans leur législation ou dans leur jurisprudence : le demandeur le

⁹ Duplique de l'Italie (DI), par. 4.1-4.4.

remarque avec insistance¹⁰, en oubliant cependant de rappeler qu'ils sont très peu nombreux. Mais face à des données de la pratique d'un tel poids, comme le sont ceux qui se dégagent de la prise en compte de la convention de 2004, comment votre Cour pourrait-elle juger que l'approche suivie à ce sujet tant par l'Italie que par bon nombre d'autres Etats viole les principes de droit international général en matière d'immunité juridictionnelle des Etats ?

20. Monsieur le président, Messieurs les juges, j'arrête là mon propos, en vous remerciant beaucoup de votre attention et je vous prie, Monsieur le président, de bien vouloir donner maintenant la parole au professeur Zappalà.

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

Mr. ZAPPALÀ:

**THE LACK OF REPARATIONS FOR THE WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST HUMANITY
COMMITTED BY THE THIRD REICH AGAINST ITALIAN VICTIMS**

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, it is a great honour for me to appear today for the first time before this Court and to do so on behalf of my country, Italy. The focus of this segment of Italy's pleadings will be the issue of the lack of reparations for the numerous Italian victims of war crimes and crimes against humanity committed by the Third Reich in Italy between 1943 and 1945 and its consequences for the present dispute.

**1. The contentious issue: Germany's reparation obligations for serious international
humanitarian law violations committed between 1943 and 1945 against
Italian victims and the post-Second World War Treaties**

**A. Germany's failure to provide reparations to Italian victims of serious violations of
international humanitarian law**

2. Germany has not made reparations because it contends that it has no obligation towards Italy and Italian victims of serious international humanitarian law (IHL) violations on account of one main argument. Germany considers that the 1947 Peace Treaty between Italy and the Allied

¹⁰ RA, par. 36.

Countries, through a “waiver clause”, settled — once and for all — the entire issue of reparations including those relating to serious international humanitarian law violations.

3. On the contrary, Italy argues that this contention is misplaced and bases its position on two autonomous (yet mutually reinforcing) lines of reasoning: (i) the scope of the waiver clause does not (and could not) cover serious international humanitarian law violations; (ii) the waiver clause was intended to operate exclusively for the benefit of the Powers occupying Germany at that time.

B. Serious violations of international humanitarian law are outside the scope of the 1947 waiver clause

(i) The plain text of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty: the scope *ratione materiae* of the waiver clause

4. The plain language of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty, which can be found in the judges’ folders — when correctly interpreted — clearly indicates that the waiver clause is limited in its scope and does not cover serious violations of international humanitarian law.

5. The clause states that Italy waives all *claims* which were *outstanding* on 8 May 1945. This waiver must refer to claims which had already been presented in some form, as of the date the hostilities ended. The provision does not merely refer to *facts* that occurred prior to 8 May 1945. One hardly sees how such a clause could include *all future claims*, as some opinions suggest. Of course, future claims were unsettled on 8 May 1945, but in reality *future* claims, properly speaking, had not yet arisen as of that date. By definition, situations which were not yet the object of requests of payment cannot be characterized as *claims*, and thus any such requests made at a later date fall outside the scope of the clause. It would be unreasonable to consider that the expression “outstanding claims” refers to *all facts* that occurred between 1 September 1939 and 8 May 1945. Had the drafters intended to refer to any facts whatsoever on which claims might be based, they would have done so. Any other interpretation of the notion “outstanding claim” would be in contrast with the plain text of this provision, and thus impermissible.

6. Secondly, and this is a key point: the provision relates specifically to claims with some economic connotation. It is confined to claims arising out of *contracts and other obligations entered into* after 1 September 1939. This is not only evidenced by the plain reading of the

provision but also by its contextual and systematic interpretation: in particular when one considers that Article 77 deals entirely with issues relating to property¹¹.

7. In this regard it is interesting to note that Germany itself, in its Reply, recognized that the provision essentially deals with economic matters¹². Although it then unreasonably attempts to expand the interpretation of the clause by emphasizing only the second limb of the provision, which is portrayed as justifying a broader reading, but the passage in question must not be read in isolation.

8. To be more specific, let us focus on that second part of paragraph (4). This sentence refers to “debts”, and it goes on to refer to all intergovernmental claims in respect of “arrangements entered into during the war”. Only the very last words of the provision state that it also applies to “all claims for loss and damages arising during the war”. However, even these last two terms (“loss” and “damages”), which could in theory seem broader, must be interpreted by placing them in the context of the entire provision. On any sensible reading, these terms must refer to loss and damages linked to the above-mentioned arrangements, contracts, debts, and other contractual obligations and to the underlying economic relationships. Nowhere in the provision is there any indication that claims of *any other* nature are covered. The second sentence of paragraph 4 cannot be interpreted as a stand-alone clause; it must be read in conjunction with the first part of the same paragraph and in the light of the scope of Article 77, which is entirely devoted to economic issues. In this way, one determines the true scope of the waiver clause: all outstanding claims relating to economic matters and pending financial questions arising out of arrangements entered into during the war.

9. This textual and contextual interpretation becomes even more evident when one turns to a wider systematic interpretation of Article 77 (4), comparing it to other provisions in the Treaty, such as Article 76 (which can also be found in the judges’ folders). Article 76 contains waiver clauses to the benefit of the Allied Powers that are formulated in a much more detailed manner. These waiver clauses are broader, and all their implications are specifically addressed. They refer to “claims of *any description*” and they include “claims for losses and damages sustained as a

¹¹See paras. 1-3 and 5 of Article 77 of the 1947 Peace Treaty.

¹²RG, para. 23.

consequence of acts of forces or authorities of the Allied or Associated Powers”, and “claims arising from the *presence, operations, or actions of forces or authorities of Allied or Associated Powers*”. In sum, these provisions are more specific and they explicitly refer to the consequences of the actions of public authorities and armed forces linked to their operations in Italy. Moreover, Article 76 — in contrast to Article 77 (4) — is not limited to “outstanding” claims. This last point serves to underline that, *a contrario*, future claims must inevitably be excluded from Article 77 (4).

10. Had the drafters intended to make the waiver clause in Article 77 (4) as broad as the waivers contained in Article 76, they would have used the same words or expressions, or the same technique; or they could have simply made reference to the scope of Article 76. But clearly, Article 77 (4) is narrower in scope and avoids the use of the much more expansive expression: “claims of *any description*”.

11. Article 77 (4) refers to *outstanding claims exclusively with an economic character*. The inescapable conclusion of a literal, contextual and systematic interpretation of this provision is that it does not cover serious violations of international humanitarian law. Hence, Germany was and still is bound under international law to make appropriate reparation to the Italian victims of war crimes committed by the Third Reich.

(ii) The non-derogable nature of the obligation of reparation of serious violations of international humanitarian law

12. Let us now turn to another argument which deserves some clarification: would a broad waiver clause entailing no reparation at all for war crimes have been permissible? As explained in more detail in the Counter-Memorial, State responsibility ensuing from serious infringements of international humanitarian law should be seen to a large extent as “intransgressible” (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 199, para. 157): this follows from the well-established rule (codified in the 1949 Geneva Conventions) whereby a State can absolve neither itself nor any other State from such responsibility.

13. The legal régime of responsibility for serious violations of international humanitarian law can be identified by looking at Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907, Articles 51, 52, 131 and 148 common to the Four Geneva Conventions of 1949 and to Article 91 of Additional

Protocol 1 of 1977. These provisions are to a large extent considered to reflect customary law. As is well known, Article 3 provides: “A belligerent Party which violates the provisions of the [Hague Regulations] shall . . . be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces”, and Article 51 (and the other identical provisions of the Geneva Convention) affirms that “No High Contracting Party shall be allowed to absolve itself or any other High Contracting Party of *any liability* incurred by itself or by another High Contracting Party in respect of [grave breaches of the Conventions]” (emphasis added).

14. The result is rather clear: in order to preserve fundamental values this régime of responsibility requires that serious violations of international humanitarian law must be the object of reparation and that States are not entitled to absolve themselves nor any other State of any liability for these violations. As this Court has authoritatively affirmed, “[The] fundamental rules [of humanitarian law] . . . constitute *intransgressible principles of international customary law*” (see *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 257, para. 79; emphasis added). If States were to be allowed to cancel liability for egregious breaches of international humanitarian law, what would remain of the intransgressible character of these principles?

Both legal logic and the drafting history of these provisions show that their aim is to create at least an obligation for States, at the end of a conflict, to address the issue of reparations for war crimes *meaningfully*, and they are intended as instruments to increase the likelihood of compliance with the provisions of international humanitarian law¹³. As affirmed by a distinguished commentator “given the impossibility for individuals to directly bring their claims under the scope of [Article 3], it was thought crucial for States not to give up their claims for compensation for grave violations of humanitarian law”¹⁴.

15. We will not repeat here the arguments presented in the Counter-Memorial. However, we should like to emphasize that the consequence of a waiver clause interpreted as broadly as Germany suggests would be to *exempt Germany of all responsibilities for war crimes committed*

¹³Ch. Greenwood, “International Humanitarian Law (Laws of War)”, in F. Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pp. 161-260, at p. 250.

¹⁴A. Gattini, “To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals’ Claims for War Damages?”, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 348-367, at p. 351.

against Italian victims and of the consequences of such responsibilities. Such a waiver would not have been permissible under international law. While States enjoy broad discretion in organizing reparations schemes, no reasonable interpretation of the régime of State responsibility for war crimes could assume that States would simply waive their claims, and those of their nationals, in exchange for nothing. A settlement requires some form of *synallagmatic relationship*. It would be illogical and would basically imply wiping out all the consequences of responsibility to accept a very broad interpretation of the waiver clause; furthermore, it would amount to a considerable weakening of the entire system of international humanitarian law guarantees. It has been indicated “the duty of States to compensate the victims of their violations of the laws of war . . . could prove to be an important means for encouraging compliance with the laws of war”¹⁵. Clearly such an “important means” would be defeated if States were to be allowed to absolve themselves or other States of the responsibility ensuing from the perpetration of war crimes. To consider that States would be entitled to enter into agreements that simply set aside the consequences of State responsibility for war crimes and crimes against humanity bears all the distinctive traits of a *post facto* authorization or legalization of the violation of rules which are “intransgressible”. It has been suggested that

“it is unlikely that the Court merely meant [. . .] that those principles must not be transgressed. That, indeed, is true of any rule of law that imposes any obligation at all! [. . .] the Court intended to declare something much more incisive and significant, doubtless in order to bring the fundamental rules so described closer to *jus cogens*.”¹⁶.

16. As we suggested earlier in these proceedings, the régime of responsibility for egregious breaches of international humanitarian law was already in force in the 1940s on account of customary law, subsequently codified by the Geneva Conventions of 1949. These provisions, together with those relating to the treatment of protected persons, could be considered as a precursor to the notion of *jus cogens*. Hence, any clause absolving a State from liability for war crimes would be tainted with illegality¹⁷.

¹⁵See Greenwood, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 251.

¹⁶See L. Condorelli, “Nuclear weapons: a weighty matter for the International Court of Justice”, in *ICRC Review*, 1997, n. 316, pp. 9-20, para. 4, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnfk.htm>.

¹⁷See Gattini, *op. cit. supra*, note 14, p. 366.

17. A provision that precludes States from absolving themselves of any liability also entails that they cannot validly enter into agreements to achieve the same result, even for the benefit of a third party. Hence, the only correct interpretation of the clause which would ensure consistency with intransgressible principles is that it does not cover serious international humanitarian law violations. It was never intended to do so, and even if we were to assume otherwise, any attempt to waive claims arising from such violations would be unlawful and devoid of effect.

C. The 1947 waiver clause as a mere postponement of the issue of reparations; and the subsequent agreements between the parties

18. The second line of reasoning is that, in any event, the 1947 waiver clause was not intended to operate to the benefit of Germany as such. The object and purpose of the Peace Treaty, which focused on the relationships between Italy and the Allied Powers, was certainly not to establish a final settlement of war crimes reparations between Italy and Germany. This is confirmed not only by the letter of the Treaty, but also by the subsequent treaty practice of the two States.

19. In this regard I would like to refer to the 1953 London Agreement on German External Debt and to the two 1961 Agreements by which Germany offered compensation for two classes of claims by Italy and Italian nationals.

20. As is well known, these two Agreements of 1961 refer, on the one hand, to the *settlement* of pending economic questions and, on the other, to the indemnification of victims of Nazi persecution. However, only the latter is relevant to the present dispute — the “Indemnity Agreement” — which addressed only one aspect of the reparations due by Germany to Italian victims of serious international humanitarian law violations, and represents, as admitted by Germany, a partial measure of reparation for certain limited categories of victims¹⁸. As explained yesterday by our opponents “Germany [. . .] decided to provide reparation to specific groups of victims[. . .] in particular persons that had sustained racial persecution”¹⁹. Hence, the issue of reparations for war crimes against all other categories of victims was not addressed in 1961 nor thereafter.

¹⁸RG, para. 33.

¹⁹See CR 2011/17, p. 35, para. 32 (Tomuschat).

21. The 1961 Agreements too contained waiver clauses, but these clauses only cover claims specifically within the scope of the agreements: pending economic questions and claims by victims of persecution.

22. The fact that there was no final decision as to the reparation for war crimes and crimes against humanity in the relationship between the two countries is further shown by the subsequent ratification by Italy in 1966 of the London Agreement on German External Debt. Clearly, there was a consciousness that several matters were still pending and they had to be postponed to a later date. Article 5 of the Agreement postpones several reparation issues to the *final settlement of the problem of reparation*. This postponement confirmed that the issue of reparations for war crimes was left unsolved at that time.

23. In 1990, after Germany's reunification, when the so-called "4+2" treaty between the Allied Powers and the "two Germanys" was concluded, nothing was said about reparations for war crimes. This can be interpreted in various ways. In any case, however, it does not mean that the issue was considered as having been settled in the past; it simply indicates that no solution has been found. Neither the 1947 waiver clause nor the 1961 Agreements constitute a settlement of war crimes reparations; and even in 1990 — and thereafter — nothing was done on the issue of reparations for serious violations of international humanitarian law. In short, the matter of reparations is still open.

D. To sum up: Germany's ongoing obligation to provide appropriate reparations to Italian victims of war crimes and crimes against humanity.

24. The foregoing remarks allow me to draw some preliminary conclusions: first of all, Germany never made reparations to Italian victims of war crimes and crimes against humanity on the basis of the assumption that it had been relieved from *all* its obligations by virtue of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty.

25. Nonetheless, such a provision did not and could not relieve Germany of its responsibility for war crimes and crimes against humanity. Serious violations of international humanitarian law cannot be equated to economic matters, debts, loss and damages more broadly considered. Serious international humanitarian law violations are breaches of international law of a unique nature, as is the obligation to make reparation for such breaches. These legal obligations cannot be simply set

aside. Of course, the settlements of claims pertaining to these violations can be organized by States, but the discretion of States in concluding such arrangements is not unfettered. They have to respect certain fundamental principles and ensure that the settlement does not merely wipe out the consequences of liability; and victims must eventually receive some form of compensation.

2. What reparation régime should there be for Italian victims of serious international humanitarian law violations?

26. There are three main groups of claimants: first, those who were arrested on Italian soil and deported to Germany to perform forced labour; secondly, members of the Italian armed forces who were taken prisoner by the Nazi authorities and deprived of their status as prisoners of war, and used as forced labourers; and thirdly, the victims of massacres perpetrated by German forces; hundreds of civilians in each incident, including women and children who were assassinated.

27. Italy does not challenge the “Power of States to Enter into Agreements to Organize Reparation for Serious International Humanitarian Law Violations”. We note, however, that no reparation régime was set up for any of these classes of victims, including Mr. Ferrini and all those in similar situations, or for all the victims of massacres committed in Italy by the Nazis.

28. In this regard, a few comments must be made concerning the specific situations of some categories of victims. As far as the Italian Military Internees are concerned, when referring to the system set up with the Foundation on Remembrance, Responsibility and Pardon in 2000, it is astonishing to read Germany’s Reply, which seems to turn a blind eye to reality. In its Reply Germany states that, “[a]s prisoners of war, this group of persons was not taken into account for the purposes of that . . . reparation scheme”²⁰. Now one of the violations committed by the Third Reich against these people was precisely to deny them the right to be treated as prisoners of war. More than 50 years later, the new and finally reunified Germany tells them that they cannot receive compensation under the scheme set up by the Foundation because they *were* prisoners of war. This is surreal: a Kafkaesque black hole of law. They should have been treated as prisoners of war but they were not. Today, however, Germany considers them “prisoners of war” for the purpose of

²⁰RG, para. 13.

denying them compensation. Is there any need of further evidence to determine that a denial of justice has materialized in these cases?

29. Moreover, with regard to the last category of victims — that is, the civilians exterminated to punish entire villages for the alleged support given to resistant movements — it must be noted that evidence of the massacres perpetrated by agents of the Third Reich in Italy has been discovered only recently — in the 1990s — and various cases are now being brought for prosecution before criminal courts in Italy. In these cases, victims filed civil claims within the criminal proceedings *both* against the former State officials accused of the crimes and against Germany itself as a State responsible for those violations.

30. In these cases there are two main elements that are worth taking into account. First, these crimes had not yet been established — nor had the victims even been identified in some cases — at the time Germany claims to have been exempted from responsibility in 1947. The same is true of the 1961 Agreements. Therefore, these claims could not have been covered by the provisions of those treaties. Secondly, if Germany's arguments on the scope of the 1947 clause were correct, since the clause would cover both Germany and its nationals, the paradoxical situation would be that the criminal responsibility of the defendants could still be established, but not their liability under tort law. This would be quite illogical, and such an outcome cannot be supported by any persuasive explanation. The recent developments in international criminal law — e.g., the ICC and Special Tribunal for Lebanon Statutes — show that criminal and civil responsibility for war crimes go hand in hand. There is no reason to exempt from civil liability the offender, nor is there any reason to exempt the State responsible. Under Germany's theory, the waiver clause would exempt both Germany and the defendants of any civil liability, while the latter, despite their old age, would remain potentially amenable to criminal prosecution. If Germany's interpretation of the waiver clause were correct, the claimants could see these defendants convicted in the criminal case, but they could not obtain from them any compensation. The authoritative Pictet Commentary affirms that "it would seem unjust for individuals to be

punished while the State in whose name or on whose instructions they acted was released from all liability”²¹. Would this be logical? Clearly not.

3. Irrelevance for the purpose of this dispute of the question concerning the right of individuals to reparation

31. In closing I would offer a few words on a tangential but yet very sensitive issue: the individual right to reparation. Germany devoted great attention in its Reply and in its pleadings to this issue to demonstrate that there is no individual right to reparation. The assertiveness of Germany’s arguments in denying the existence of an individual right to reparation is somewhat surprising. However, what is at issue here is the question of State responsibility in its inter-State dimension. Crimes were committed by agents of the Third Reich in Italy; Germany assumed responsibility for these crimes; responsibility entails an obligation to provide reparation to victims; reparation was not made. Hence, Germany has violated its international obligations and is still under an obligation to make appropriate reparation to the Italian victims of war crimes. Nothing more, nothing less. The question of the right of victims to individually obtain reparation is not at issue. Today the focus is on the fact that Germany has never complied with its intransgressible obligations of reparation in favour of the victims and on how this affected the proceedings before Italian courts.

32. In passing, it must be noted that from a methodological standpoint Germany often relies on arguments based on policy considerations, and not on law: it tries to present a catastrophic picture of the consequences of any decision which would recognize the right of victims to successfully file claims against States for serious International Humanitarian Law violations before domestic courts. Italy, however, is not asking the Court to establish that there is an unlimited right for individual victims of serious International Humanitarian Law violations directly to claim compensation before domestic courts; let alone to subvert well-pondered agreements between the Parties.

33. The obligation to make reparation enshrined in Article 3 of the 1907 Hague Convention IV should be construed as the cornerstone of a system whereby serious violations of

²¹J. Pictet (ed.), *Commentary to the Fourth Geneva Convention*, Art. 148, p. 603.

International Humanitarian Law must be repaired. This obligation could be fulfilled either through inter-State arrangements or through direct payments to the victims, or with other mechanisms setup by the parties involved. However, if none of these measures is taken, there is simply no reparation and no responsibility is discharged. Denying responsibility and the rights of victims to reparation is not an option. States must negotiate agreements through which the obligations of reparations are implemented. Only as a measure of last resort, when no other avenue is open, one could argue, as some others have done, that the victims could be entitled to claim reparation directly before domestic courts²².

4. Conclusion

34. Mr. President, distinguished Members of the Court, Italy agrees with Germany that immunity “has kept its justification as a rule of reason which permits, in the relationship between States at the international level, settlement of harm caused in a well-pondered manner, through negotiation and treaty”²³. And Italy agrees that the “settlement of war damages is generally effected through the usual mechanisms of international diplomacy. . . [and] a careful balancing of the reciprocal rights and obligations”²⁴. However, this case arose because the settlement of harm caused to Italian victims by the Third Reich was not carried out in a well-pondered manner, and there was no such “a careful balancing of the reciprocal rights and obligations”.

35. Italy also agrees with Germany when it states that “a State liable to make reparation enjoys a large measure of discretion as to ways and means to discharge its duty”²⁵. However, the point is precisely that such reparation must eventually be made. Discretion cannot be pushed to the point of ignoring the obligations ensuing from State responsibility for war crimes and leaving thousands of victims without any form of reparation.

36. What really matters in the present case is that Germany had an obligation to make reparations but did not comply with it. Germany is still under an obligation to make reparation for serious international humanitarian law violations, and since it did not fulfil its obligations either

²²See, although with nuances, Gattini, *op. cit. supra*, note 14, p. 367.

²³RG, para. 4.

²⁴RG, para. 6.

²⁵ RG, para. 11.

towards Italy or towards Italian victims, Italian courts were forced into a situation where they had to remove State immunity to avoid contributing to a protracted illegal situation, as my colleagues will further discuss.

37. Enough time has elapsed since the events to allow Germany to make appropriate reparations; during this time, some negative decisions taken by German authorities further emphasized that Germany had no intention to fulfil its obligations. It had therefore become clear that the only avenue open for intransgressible obligations to be complied with was to deny the plea of immunity.

38. Germany argues that “the entire reparation régime was founded on the premise that reparation should be sought and made exclusively in a global manner on an inter-State level. . . . A reparation régime of that kind cannot be subverted retroactively.” Italy reaffirms that it does not intend to subvert any reparation régime resting on solid foundations. The problem in the present dispute, and in the cases brought before Italian courts, is that we are referring to situations in which there was, and there is, no reparation régime in place *at all*. It would be a mockery to consider a clause that waives all claims, together with a few, admittedly partial and *ex gratia* gestures, “a reparation régime”.

39. To date there has been no reparation for the simple reason that Germany erroneously considered that it had no obligations. In this respect, one should not assume that Italy remained silent for decades. It first challenged Germany’s interpretation of the 1947 clause, and this led to the 1961 agreements. It subsequently ratified the London Agreement which postponed the settlement of the issue of reparations. After 1990, Italy hoped that this issue could be solved through measures adopted by Germany in its national legal order. However, this was not the case. Of course, given the friendly relations between the two countries, Italy, though raising this issue from time to time — as evidenced for example by the official mission undertaken for the claims of the Italian Military Internees —, did not want to push the matter too high on the bilateral agenda. However, now that Italy has been brought before the International Court of Justice on the ground that its judicial authorities are violating international law, it must react firmly. It cannot but state that Germany has not fulfilled its obligations, and that it has adopted unjust decisions towards Italian victims which amount to a denial of justice.

40. In conclusion, Italy hopes that this Court will determine that Germany is still under an obligation to make reparation for serious violations of international humanitarian law committed during the Second World War. It is further hoped that this Court will clarify that these are obligations from which no derogation can be permitted. Of course, the matter can be addressed at inter-State level through negotiations, but the starting point must be the *recognition of the obligation to provide reparation*, and of certain fundamental principles that should govern such a process of inter-State negotiations.

41. Mr. President, distinguished Members of the Court, this concludes my presentation and I suppose, after the break, I would respectfully ask you, Mr. President, to give the floor to my colleague, Professor Palchetti. Thank you.

The PRESIDENT: I thank Professor Salvatore Zappalà for his presentation. It seems to be an appropriate moment for us to have a pause for a short coffee break. We will have a coffee break of 15 minutes. I will resume the session at 11.45 a.m.

The Court adjourned from 11.30 a.m. to 11.50 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. The Court now resumes its oral proceedings. I now invite Professor Paulo Palchetti to make his presentation.

Mr. PALCHETTI:

THE ABSENCE OF AN OBLIGATION TO ACCORD IMMUNITY TO GERMANY

1. Mr. President, Members of the Court. This is the first time I have taken the floor before this Court. May I say how much of an honour it is for me to address the International Court of Justice. My task before you is to address the question of whether, under the circumstances of the present case, Italy had an obligation to grant jurisdictional immunities to Germany.

2. I will divide my pleading into two parts. The first part will concentrate on the fact that most of the cases brought before Italian courts relate to crimes committed in whole or in part on Italian territory. My purpose will be to show that the so-called “tort exception” — or “territorial exception” — to immunity applies in relation to claims for damages arising from the international

crimes committed by Nazi Germany on Italian territory. The second part will address the question of the conflict between the recognition of immunity and the enforcement of peremptory rules of international law. I will show that there are exceptional situations in which, because of this conflict, the denial of immunity to a foreign State is justified.

1. Preliminary remarks

3. Before dealing with these issues, a few preliminary observations are called for.

4. *First*, the law of State immunity has been described as one of the fastest evolving areas of international law²⁶. And the trend has always been in the direction of a progressive restriction of immunity. Despite the recurrent argument that any reduction of immunity accorded to a foreign State would inevitably lead to a flood of litigation before domestic courts, the law of State immunity has changed over time without any real impact on the orderly relations between States. The fact is that the scope of State activities covered by immunity — to use the words of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal — “is not carved in stone . . .; it is subject to a continuously changing interpretation which varies with time reflecting the changing priorities of society” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*; joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, pp. 84-85, para. 72).

5. *Second*, it is hard to deny that, nowadays, the most contentious issue relating to the law of State immunity is to establish whether immunity applies to cases involving grave breaches of fundamental rules of international law. By their statements and declarations, States show an increasing awareness of the basic tension between the principle of immunity and the effective enforcement of peremptory rules. As domestic and international courts keep repeating, in this area the law of State immunity shows signs that it is undergoing a process of change.

6. *Third*, it is difficult to say today whether this process of change will result in a new general exception to immunity in every case of a breach of *jus cogens* rules. Germany contends that a new rule providing for a general exception has not yet emerged. However, the question before the Court does not relate to the existence of a general exception to immunity. Italy is not

²⁶See Ch. Greenwood, “Foreword”, in H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed., OUP, Oxford, 2008, p. vii.

asking the Court to say that international law, as it currently stands, provides for such a broad exception. The problem at the heart of the present dispute is how to reconcile the rule of immunity and the effective enforcement of *jus cogens* rules in those cases in which granting immunity is tantamount to denying reparation. In other words, the question is whether, in a situation of this kind, the current rules of international law, including the current rule of State immunity, offer a way out of this conflict by allowing the forum State to remove immunity.

7. My last preliminary remark concerns the interpretation of State practice and, in particular, of the judgments of domestic courts which have addressed the question of the scope of State immunity in cases of a breach of peremptory rules. As is well known, there are already a significant number of judgments in this field. In the last few months, two important decisions have been rendered — one by the Canadian Supreme Court of Quebec and the other by the French *Cour de cassation* — both going in the direction of recognizing that the principle of immunity for *acta iure imperii* may be subject to restrictions in this kind of cases²⁷. With regard to this practice, Germany keeps repeating that, apart from the *Distomo* and *Ferrini* judgments, the picture which emerges is coherent and crystal clear, and in no way lends support to Italy's position. Here again there is a flaw in the Applicant's analysis. Germany approaches the practice having only one question in mind: whether or not a new rule providing for a general exception to immunity in cases of a breach of peremptory rules has emerged. Mr. President, I repeat: this is the wrong question, and Germany is wrong to interpret the existing practice from such a narrow perspective. The fact is that, when confronted with claims arising from breaches of *jus cogens* rules, domestic courts have taken different views as regards the question of the immunity enjoyed by the wrongdoing State. It is submitted that this variety of positions reflects the diversity of the circumstances characterizing the underlying cases. If each judgment is assessed in the light of the specific circumstances of the case, and if due account is taken of the grounds on which each judge relied in order to grant or to deny reparation/immunity, it becomes clear that the obligation to grant immunity for *acta iure*

²⁷Canada, Superior Court of Québec, *Kazemi (Estate of) and Hashemi v. Iran, Ayatollah Ali Khamenei and ors*, 25 January 2011, 2011 QCCS 196 (<http://www.canlii.org/en/qc/qccs/doc/2011/2011qccs196/2011qccs196.html>) and France, *Cour de cassation, première chambre civile*, 9 March 2011, *numéro de pourvoi*: 09-14743 (<http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/3274771-cour-de-cassation-civil-e-chambre-civile-1-9-mars-2011-09-14-743-publie-au-bulletin>).

imperii in cases of breaches of peremptory rules is not as absolute as Germany claims; to the contrary, its scope of application may be subjected to certain restrictions.

2. The “tort exception” and its applicability in the present case

8. Mr. President, let me turn to the question of the applicability in the present case of the “tort exception”. I wish to make clear from the outset that Italy is aware that the tort exception does not provide a ground for the denial of immunity in respect of certain cases brought against Germany. This concerns, in particular, the claims for compensation addressed to Italian courts by former Italian military internees who were captured outside Italian territory and deported to Germany to be employed as forced labourers. Clearly, in the absence of a territorial connection with the forum State, the tort exception does not apply. The question of whether in these cases the Italian courts, by denying immunity to Germany, committed an internationally wrongful act must be assessed exclusively in the light of the other argument presented by Italy — namely, that in all cases brought against Germany the denial of immunity was in any event justified because of the fundamental conflict between the recognition of immunity and the enforcement of *jus cogens* rules. Although the tort exception is narrower in scope, it provides an additional and distinct reason for rejecting Germany’s claims.

9. Mr. President, a well-known definition of the tort exception may be found in Article 12 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. According to this definition

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

10. There is little doubt that, in principle, the cases against Germany fall within the definition of the tort exception since they relate to tort claims seeking pecuniary compensation for physical injury to the person or damage to tangible property.

11. According to Article 12, the acts or omissions attributable to the State must have occurred “in whole or in part” in the territory of the forum State and the author of the act or

omission must have been present in that territory at the time of the act or omission. This is precisely what occurred in the great majority of cases brought by the victims of Nazi crimes. No doubt, the tort clause applies as regards the massacres committed by German troops on Italian soil. But it also applies to the cases brought by former IMIs (Italian military internees) who were captured in Italy by the occupying German forces and deported to Germany. Germany does not appear to deny the existence of this territorial link with respect to these two situations²⁸.

12. Article 12 does not make a distinction between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis*. Therefore, the tort exception also applies in cases, such as the ones brought before the Italian courts, which relate to claims for damages arising from acts of the State in the exercise of sovereign powers. Yesterday, Professor Gattini said that, since Article 12 also applies to *acta iure imperii*, it is “more than doubtful” that this provision codifies customary international law²⁹. This comes as a surprise. It is particularly surprising since Professor Tomuschat, only a few minutes earlier, made the observation that the New York Convention “reflects generally” customary law and since the Agent of Germany referred to “customary law as expressed in Article 12”³⁰. If the point Germany wishes to make is that the tort exception has not led to the disappearance of the distinction between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis*³¹, this would only beg the question. The question is whether international law imposes on States an obligation to accord immunity for *acta iure imperii* in cases where the tort exception applies. The answer to this question was given 20 years ago by the International Law Commission on the basis of an extensive survey of State practice: international law does not impose such an obligation³². This view finds confirmation in the subsequent practice of States as well as in legal doctrine. Admittedly, the distinction between these two categories of acts has been maintained in the case law of some States — a point acknowledged by the International Law Commission in its Commentary to the Draft Articles on the Jurisdictional Immunities of States and Their Properties³³. However, this practice does not affect the conclusion

²⁸MG, p. 43, para. 71.

²⁹CR 2011/17, p. 38, para. 4 (Gattini).

³⁰CR 2011/17, p. 29, para. 17 (Tomuschat) and p. 62, para. 6 (Wasum-Rainer).

³¹RG, p. 30, para. 52.

³²ILC, Final Draft Articles and Commentary on Jurisdictional Immunities of States and their Property, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II-2, p. 45, para. 8.

³³*Ibid.*

as to the non-existence of an obligation to accord immunity for *acta iure imperii*. This practice may perhaps lead one to argue that international law does not impose on States an *obligation* to deny immunity with respect to such acts. But since this point is irrelevant for the purposes of the present case, there is no reason to dwell upon it.

13. The tort exception can be invoked “unless otherwise agreed between the States concerned”. Clearly, this qualification does not apply to the present claim, does not apply to the claims brought by the Italian victims, since there is no agreement between the Parties providing for a special régime with respect to the claims submitted by Italian victims. However, it is worth spending a few words on this qualification because it shows that, contrary to what Germany contends, the recognition of an exception to immunity in this kind of cases would by no means lead to the “destruction” of the traditional inter-States mechanisms of settlement of disputes³⁴. The application of a tort exception may certainly be excluded by agreement. Significantly, the Commentary of the International Law Commission referred to the status of forces agreements as an example of agreements which usually provide for a special régime of immunity³⁵.

14. The last point I wish to make with regard to the scope of the tort exception concerns a limitation which you do not find in the text of Article 12, or anywhere else in the text of the New York Convention. Germany argues that the tort exception does not apply to situations of armed conflict, and this is Germany’s main objection to its applicability in the present case³⁶.

15. In its written pleadings, Italy has already explained the reasons why the elements referred to by Germany to support its narrow interpretation of Article 12 cannot be regarded as decisive³⁷. I will not repeat what is said there. I will instead address the basic assumption on which Germany’s argument relies. The Applicant contends that, since certain international and domestic instruments regulating the question of State immunity exclude military activities from their scope of application, it necessarily follows that under the current rules of international law there is an

³⁴RG, p. 31, para. 53.

³⁵*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II-2, p. 45, note 152.

³⁶See also CR 2011/17, pp. 39-40, paras. 7-10 (Gattini).

³⁷CMI, pp. 54-56, paras. 4.37-4.42; RI, pp. 30-32, paras. 4.5-4.8.

obligation to grant State immunity in all cases arising as a result of military activities. Mr. President, this argument is mistaken.

16. No doubt, Article 31 of the European Convention on State Immunity excludes military activities from the scope of application of the Convention. However, Article 31 is simply a “without prejudice” clause, which in itself does not confer any immunity on the State. The reason which led to the inclusion of this clause in the Convention has nothing to do with the need to shield military activities from judicial scrutiny before domestic courts. As the Explanatory Report of the Convention makes clear, Article 31 was meant to address the problem of the relationship between the general rules set forth in the Convention and the special régimes of immunity established by means of bilateral or multilateral treaties, including status of forces agreements³⁸. Since the question of immunity in connection to military activities is generally dealt with by special agreements, the drafters of the Convention decided to exclude military activities from their scope of application. The point I just made with regard to the European Convention applies equally to both domestic statutes which, following the solution adopted by that Convention, exclude military activities from their scope of application.

17. The “without prejudice” clause contained in the legislation of the United Kingdom, Pakistan and Singapore, in no way lends support to Germany’s argument that immunity covers all military activities of a State³⁹.

18. By contrast, a significant number of domestic statutes openly contradicts Germany’s argument. The laws of Canada and Israel, for instance, they provide an exception to the application of a tort clause when the presence of a foreign military force on their respective territories is governed by an agreement⁴⁰. This means that, in all other situations, including in situations of armed conflict, the tort exception applies. The laws of other States, including the United States, Argentina, South Africa, Australia and Japan, do not provide for an exception to the tort clause

³⁸Explanatory Report on the European Convention on State Immunity, reproduced in A. Dickinson, R. Lindsay, J.P. Loonam (eds), *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, OUP, Oxford, 2005, p. 64.

³⁹See the UK State Immunity Act, the Singapore State Immunity Act and the Pakistan State Immunity Ordinance, reproduced *ibid.*, pp. 329, 496, 504.

⁴⁰See the Canadian State Immunity Act (*ibid.*, p. 488) and the Israeli Foreign States Immunity Law (MG, Ann. 32).

with regard to military activities⁴¹. Germany tries to downplay the importance of these national laws by relying on the unproven argument that the drafters did not envisage the possibility of foreign armed forces acting in a hostile manner on the territory of a State⁴². This argument is not only unproven; it proves nothing. Germany's speculations cannot prevail over the clear text of these laws. The fact is that, nowadays, the domestic judges of several countries are entitled by their respective national laws to exercise jurisdiction over a foreign State with respect to claims arising from torts committed by the armed forces of that State on the territory of a forum State. If one follows Germany's view, one would have to conclude that the laws of these States are manifestly contrary to a firmly established principle of international law. Significantly, the adoption of these laws has not been challenged by other States.

19. These few — but important — elements of practice are sufficient to show the weaknesses of Germany's argument that there is a broad agreement among States as to the non-applicability of a tort exception in situations of armed conflict. As we have seen, this is simply not true. State practice on this issue is by no means uniform. One can infer from this practice that, in this kind of situation, a State is *allowed* to grant immunity to a foreign State. However, it cannot be said that States are under a *duty* to do so.

20. Mr. President, I can leave it here with the tort exception since the point I have just made is sufficient to dispose of Germany's argument concerning the applicability of a tort exception. But there is a further element which must be taken into account. The claims brought before Italian courts did not concern ordinary torts. These claims arose out of acts which amount to grave breaches of peremptory rules. We are at a point of convergence of two different tendencies. On the one hand, there is the tendency to deny immunity with respect to acts committed on the territory of a forum State, a tendency prompted by the need — in the words of the International Law Commission — “to provide relief or possibility of recourse to justice for individuals who suffer

⁴¹See the US Foreign Sovereign Immunities Act (in A. Dickinson, R. Lindsay, J.P. Loonam (eds), *State Immunity. Selected Materials and Commentary*, OUP, Oxford, 2005, p. 217); the Argentine Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos (*ibid.*, p. 461); the South African Foreign States Immunities Act (*ibid.*, p. 513); the Australian Foreign States Immunities Act (*ibid.*, p. 469); and the Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State (www.japaneselawtranslation.go.jp).

⁴²MG, p. 47, para. 76.

personal injury, death or physical damage”⁴³. On the other hand, there is the tendency to admit the possibility of restrictions to immunity in cases of grave breaches of *jus cogens* rules, this tendency being prompted by the need to find a proper balance between immunity and the enforcement of *jus cogens* rules. This convergence strongly suggests that, at the very least, there is no obligation to accord immunity to a foreign State with regard to claims of compensation arising from grave breaches of *jus cogens* rules committed, in times of peace or in situations of armed conflict, on the territory of a forum State.

21. This point is corroborated by the fact that, for the purposes of immunity, domestic courts appear to give relevance to the place where a breach of a *jus cogens* rule has taken place. For instance, in *Bouzari v. Iran*, the Court of Appeal of Ontario found that there are no exceptions to immunity “where an act of torture has been committed *outside the forum*”⁴⁴. Even in the much quoted *Al-Adsani* case, the European Court of Human Rights was careful to specify that State practice does not support an exception to immunity “in respect of civil claims for damages for alleged torture committed *outside the forum State*”⁴⁵. This suggests that, by contrast, if the act had occurred on the territory of the forum State, immunity could have been lifted. The same indication may be inferred from statements by States, such as for instance the declaration made by Switzerland when depositing its instrument of ratification of the New York Convention⁴⁶.

22. Mr. President, if I may summarize our position, Italy submits that the lack of uniform State practice authorizes an interpretation of the tort exception in the light of the contemporary priorities of the international legal order. Accordingly, a State is under no obligation to grant sovereign immunity for international crimes which have occurred on its territory, even if these crimes have been committed in the context of an armed conflict. For this reason, at least with regard to the crimes committed in whole or in part on Italian territory, Germany’s submission that Italy violated its jurisdictional immunity must be rejected.

⁴³*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II-2, p. 44, para. 3.

⁴⁴Canada, Court of Appeal of Ontario, *Bouzari v. Iran*, 30 June 2004, para. 88 (in *International Law Reports*, Vol. 128, p. 586; emphasis added).

⁴⁵ECHR, case of *Al-Adsani v. United Kingdom*, 35763/97, Judgment of 21 November 2001, para. 66; emphasis added.

⁴⁶See the text in RI, p. 36, para. 4.17.

4. The conflict between immunity and enforcement of *jus cogens* rules

23. I turn now to the second part of my pleading, which addresses the conflict existing in the present case between the recognition of immunity and the effective enforcement of *jus cogens* rules. I can be brief on this point because Professor Dupuy will further elaborate on it. I will first address certain arguments by which Germany attempts to deny the existence of a conflict; I will then clarify why, in the present case, the conflict justified the removal of immunity. Professor Dupuy will instead discuss the way in which Italian courts have addressed the conflict.

24. Germany relied on a number of arguments to support its view that there is no conflict between immunity and the enforcement of *jus cogens* rules. The first German argument relies on the “fonction systémique” of the rule of immunity⁴⁷. It is said that there is no conflict because immunity is not designed to protect a wrongdoing State but to entrust mechanisms other than the domestic courts with the regulation of claims for reparations. Italy has already addressed this point in the written pleadings⁴⁸. In short, Italy concedes that, in principle, there is no conflict because immunity only precludes one of the possible means for enforcing *jus cogens* obligations — namely, resort to domestic courts. However, Germany fails to see the other side of the coin: what if the redress for the tort cannot be attained through the mechanisms operating at the international level? Can one deny that in this — admittedly exceptional — situation a conflict may indeed arise?

25. Germany’s second argument relies on the contention that *jus cogens* rules are entirely made up of primary rules, and that a sharp distinction must be drawn between primary rules having a *jus cogens* character and secondary rules governing the legal consequences of their breach⁴⁹. By placing emphasis on this distinction, Germany appears to suggest that there cannot be a conflict because the concept of *jus cogens* relates exclusively to primary rules, while the problem with immunity regards the distinct aspect of the legal remedies available where such rules are breached. This argument clearly reflects too narrow a view of the concept of *jus cogens*. The effects of *jus cogens* are not confined within the realm of primary rules. The concept of *jus cogens* has consequential effects in the field of the law of State responsibility, and the work of the International

⁴⁷MG, p. 34, para. 55.

⁴⁸CMI, pp. 80-85, paras. 4.104-4.116; RI, pp. 7-8, paras. 2.8-2.9.

⁴⁹MG, pp. 53-55, paras. 86-89; RG, pp. 39-41, paras. 65-67; CR 2011/17, p. 23, para. 5 (Tomuschat) and pp. 49-59, para. 3 (Kolb).

Law Commission confirms it. In this respect, the sharp distinction between primary and secondary rules advocated by Germany appears very artificial. The effective enforcement of peremptory rules once they have been breached is no less important than the prevention of conduct incompatible with these rules. Germany would have us believe that the only conceivable conflict is between immunity and primary obligations of conduct having a *jus cogens* character. But this position fails to recognize the equally important conflict between immunity and the effective enforcement of *jus cogens* rules.

26. Mr. President, I will not further discuss this point. I will limit myself to referring to the view expressed on this issue by the Institute of International Law. In a resolution adopted two years ago, the Institute has addressed the question of the scope of immunity in cases of international crimes. The preamble of this resolution contains the following statements, which deserve to be quoted at length:

“The Institute of International Law . . .

Considering the *underlying conflict* between immunity from jurisdiction of States and their agents and claims arising from international crimes; Desirous of making progress towards a resolution of that conflict; Recognizing that the removal of immunity from proceedings in national courts is one way by which *effective reparation* for the commission of international crimes may be achieved.”⁵⁰

Let me summarize the points made in this preamble: *first*, there is a conflict; *second*, this conflict is between immunity and the effective enforcement of *jus cogens* rules; and *third*, the removal of immunity is one way by which the resolution of the conflict may be achieved.

27. I now come to a last argument made by Germany. This argument relies on an *a contrario* interpretation of Article 41 of the Articles on State Responsibility. It runs as follows: since Article 41 does not contemplate the removal of immunity among the consequences of serious breaches of peremptory rules, it must be held that international law does not allow for a measure of this kind⁵¹. Germany claims too much from its interpretation of Article 41. I will not address the question of the relevance, for the purposes of the present case, of the obligation set forth in paragraph 2 of Article 41 — a point Professor Dupuy will later address. I will simply draw your

⁵⁰Resolution on “The Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes”, in *Annuaire de l’Institut de droit international*, Vol. 73, 2009, p. 226; emphasis added.

⁵¹RG, pp. 39-40, para. 66; CR 2011/17, p. 51, para. 4 (Kolb).

attention to Germany's attempt to downplay the importance of the "without prejudice" clause contained in paragraph 3 of Article 41. As the International Law Commission's Commentary makes clear, this clause was inserted due to the conviction "that the legal regime of serious breaches is itself in a state of development"⁵². In other words, the International Law Commission was aware of the fact that, in addition to the consequences set forth in Article 41, present-day international law may allow for other consequences. In this respect, it is hard to say that Article 41 supports Germany's position.

28. Having disposed of these arguments, let me clarify Italy's position. Italy does not claim that the conflict between immunity and the enforcement of *jus cogens* rules must invariably be solved by giving preference to the latter over the former. However, Italy submits that there are borderline cases in which international law permits the removal of immunity in order to allow for the effective enforcement of *jus cogens* rules. This view reflects the growing conviction—recently also expressed by the French *Cour de Cassation*—that, when the conflict is irreconcilable, priority must be given to the enforcement of peremptory rules.

29. True, the existence of an irreconcilable conflict must be proved. As the Court of Appeal of The Hague has recently observed in its judgment in the *Mothers of Srebrenica* case, "[i]n this field of tension the pros and cons must be balanced between two very important principles of law in their own right, of which in the end only one can be deciding"⁵³. The balancing process referred to by the Court of Appeal of The Hague equally applies in the present case. In this balancing process, a number of elements must be taken into account in order to assess whether the removal of immunity is justified. These elements include:

- the gravity of the breach committed;
- the absence of any dispute over the responsibility of the State for the torts complained of before domestic courts;

⁵²ILC, Final Draft Articles and Commentary on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II-2, p. 116, para. 14.

⁵³The Netherlands, Court of Appeal of The Hague, *Association "Mothers of Srebrenica" v. The Netherlands and the United Nations*, 30 March 2010, para. 5.9, http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Dutch%20cases/Appeals_Judgment_Mothers_Srebrenica_EN.pdf.

- the fact that the mechanisms available at the international level have proved unable to ensure the redress of these torts; and
- the fact that there are no means of redress available in the domestic legal order of the responsible State.

30. Mr. President, there is little doubt that in the present case all these elements converge towards one result. Let me recapitulate the unique circumstances of the present case:

- *first*, the individual claimants were victims of the most serious breaches of peremptory rules;
- *second*, Germany has admitted its responsibility for these crimes;
- *third*, Germany did not enter into agreements with Italy in order to provide reparation to the victims; and
- *fourth*, the victims were not given effective remedies under German law.

31. The fact is that, after more than 60 years following the criminal events of World War II, resort to Italian courts represented for the victims the only and last means available to obtain some form of redress. Under these circumstances, international law allows for the removal of immunity.

This concludes my presentation. I thank the Members of the Court for their kind attention and I would ask the Court to give the floor to Professor Dupuy.

The PRESIDENT: I thank Professor Paolo Palchetti for his presentation. I now invite Professor Pierre-Marie Dupuy to take the floor.

M. DUPUY : Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, c'est toujours un plaisir et un honneur particulier de plaider devant vous. Je le ferai aujourd'hui pour la République d'Italie que je remercie pour sa confiance. L'identité des collègues qui m'entourent, sur ma droite comme sur ma gauche, suffirait à renforcer ma conviction que le recours à votre juridiction est non seulement un mode pacifique, mais également très amical de règlement des différends.

LA DÉMARCHE DU JUGE SUPRÊME ITALIEN

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, il est une façon simple de caractériser l'affaire qui nous réunit : il s'agit d'un juge qui en juge un autre ! Le premier, c'est *vous*, ou du moins l'organe judiciaire que vous composez, seule Cour dotée d'une compétence à la

fois générale et universelle dans l'ordre international. Le second, c'est la Cour suprême italienne et, à travers elle, l'Italie dont elle est la juridiction de dernier recours.

2. Ce n'est pas la première fois que le juge international juge des Etats à travers leurs juridictions internes. C'est, à dire vrai, *de plus en plus* fréquent ! Si l'on y inclut les cas dans lesquels c'est tel ou tel des rouages de l'appareil judiciaire d'un Etat qui est mis en cause, à un stade ou à un autre de la procédure, on peut compter jusqu'à dix affaires portées devant votre prétoire depuis douze ans⁵⁴, soit en moyenne près d'une par an !

3. Il ne s'agit pas d'un hasard. C'est au contraire l'un des effets de la place de plus en plus déterminante que le droit international occupe dans ce que certains appellent «la mondialisation» du droit⁵⁵. L'un des traits caractéristiques de ce phénomène est la propension accrue des individus à invoquer devant des juridictions nationales les droits dont ils sont titulaires en vertu du droit international.

4. Face à ce phénomène juridique et social, la distinction classique entre «monisme» et «dualisme» conserve sa valeur. Pourtant, cette internationalisation du droit à l'échelle mondiale est telle que la distinction précitée s'en trouve quelque peu estompée. Ainsi, la présente affaire a-t-elle été causée par la juridiction suprême d'un Etat à la tradition *dualiste* la plus enracinée. C'est elle, pourtant, qui s'est référée à la primauté de certaines normes internationales pour justifier son propre jugement dans l'ordre interne, il est vrai sur la foi de l'article 10, paragraphe 1, de la Constitution italienne⁵⁶ ; mais elle aurait pu parfaitement retenir de cette disposition une interprétation encore largement marquée de dualisme, ce qu'elle n'a nullement fait. Gageons que Hans Kelsen en eût été ravi mais Dionisio Anzilotti, quant à lui, fort surpris !

5. Il en résulte que la Cour internationale de Justice, même si elle ne peut statutairement prétendre à être tout à fait la Cour constitutionnelle d'un ordre juridique international comme placé

⁵⁴ Les dates indiquent l'année d'inscription au rôle de la Cour. 1998 : *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis)* ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* ; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)* ; 2000 : *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* ; 2003 : *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis)* ; *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* ; 2006 : *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* ; 2008 : *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant)* ; 2009 : *Question concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* ; 2010 : *Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale (Belgique c. Suisse)*.

⁵⁵ L'expression est de Mireille Delmas-Marty, professeur au Collège de France. Voir en particulier son ouvrage introductif *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004.

⁵⁶ «L'ordre juridique italien se conforme aux normes du droit international généralement reconnues.»

au-dessus des Etats nationaux et de leurs droits, est tout de même conduite, de plus en plus souvent, à vérifier que les juges internes, devenus ainsi fréquemment les «juges de droit commun» du droit international, appliquent ce droit correctement.

C'est là une fonction exaltante ; mais c'est parfois une tâche délicate ! En effet, à travers ses juges, c'est l'Etat lui-même qui parle pour dire sa conception du droit. Ce qu'on pourrait prendre *a priori* pour une erreur ou un manquement au droit peut en certains cas, rapporté à des décisions de justice similaires formulées dans d'autres Etats, prendre progressivement la consistance d'une *opinio juris* collective amorçant l'expression d'une modification du droit ou de l'interprétation qu'on en fait. Or, en droit international, quoiqu'on puisse en dire, ce sont toujours bel et bien *les Etats* qui font le droit. L'article 38 de votre Statut en porte témoignage. Il faut donc être attentif à ce qu'ils disent, y compris par la voix de leurs juges pour voir s'ils méconnaissent le droit international ou entendent contribuer à son évolution.

6. Toujours est-il que dans une période de mutation profonde de l'ensemble de la société internationale et d'évolution de son droit, il est des situations où un *conflit latent* peut, à l'occasion, se manifester entre des principes parmi les plus établis et des règles non moins certaines plus récentes⁵⁷. Le juge interne comme le juge international sont alors, d'une certaine façon, placés dans des situations non dépourvues de similitudes. Sans doute doivent-ils, l'un comme l'autre, partir d'une présomption : celle que le principe le mieux établi, surtout quand il comporte une dimension quasi structurelle, conserve toute son autorité sinon toujours sa prévalence. Mais ils ne peuvent souvent s'en tenir là. Ils sont, du moins en certaines circonstances, également amenés à examiner les évolutions de l'*opinio juris* que certaines règles expriment parfois, fut-ce de façon encore non unifiée, dans la pratique des Etats, pour voir si, rapportées aux faits de l'espèce, elles pourraient éventuellement justifier, du moins dans l'affaire en cause, une réévaluation de la portée du principe pourtant universellement reconnu.

7. Dans l'affaire qui nous occupe, c'est précisément la délicate position dans laquelle s'est trouvé le juge suprême italien. Quelques années avant que l'institut de droit international en fasse lui-même le constat, non pas à Rome mais à Naples, la *Corte Suprema* italienne, a ainsi souligné

⁵⁷ «Considérant le *conflit latent* entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part» : préambule de la résolution de Naples de l'Institut de droit international (2009) dont les références figurent dans la note de bas de page suivante (les italiques sont de nous).

une nouvelle fois l'importance cardinale du principe de l'immunité de juridiction de l'Etat. Mais elle a observé aussi, à l'instar de l'institut, que cette règle était susceptible de rentrer en conflit avec les «réclamations liées à des crimes internationaux» pour parler comme la résolution précitée⁵⁸. Elle s'est rendu compte, en d'autres termes, que le monde était en train de changer et son droit avec lui. Par là dessus, elle a reconnu aussi et surtout, que la seule, et absolument la *dernière* chance qui restait encore aux victimes de tels crimes d'en obtenir réparation était pour elle de se résoudre à mettre à l'écart le principe, fondamental, certes, mais, quant à lui, nullement impératif, de l'immunité de juridiction.

8. La Cour de cassation se percevait alors, dans l'affaire *Ferrini* et celles qui l'ont suivie, comme la juridiction *du* dernier recours dans des espèces caractérisées comme des *cas limites* puisqu'elle avait devant elle

- des requérants cherchant vainement depuis *cinquante ans* à obtenir réparation ;
- pour les conséquences de crimes de guerre et crimes contre l'humanité ;
- dont l'Allemagne avait pourtant admis qu'elle devait supporter la responsabilité ;
- mais refusait d'assurer la réparation, que ce soit par voie diplomatique ou judiciaire.

9. Confrontée à une telle situation, la Cour suprême devait faire un choix pour trancher le dilemme judiciaire dans lequel elle se trouvait placée. En effet, de deux choses l'une : soit elle s'en tenait à l'application stricte d'une conception absolue de l'immunité de juridiction ; et alors, elle satisfaisait l'Allemagne mais elle parachevait une situation de déni de justice international ; soit, elle décidait de mettre à l'écart en l'espèce la règle sacro-sainte de l'immunité de juridiction de l'Allemagne, seul moyen de permettre, enfin, l'accession des victimes à la réparation des conséquences de crimes internationaux, mais elle encourait l'invocation de la responsabilité internationale de l'Italie.

⁵⁸ Institut de droit international (IDI), *Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international — The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law* ; rapporteur : Lady Fox ; *Annuaire* de l'IDI — Session de Naples, vol. 73, 2009, résolution, p. 226 et suiv. ; Lady Fox, *Provisional Report*, p. 28 et suiv., spec., p. 57 et suiv. et 226 et suiv. ; voir commentaire J. Salmon, *La résolution de Naples de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux (10 septembre 2009)*, in *Revue belge de droit international.*, 2009, p. 316 et suiv., spec., p. 331 et suiv.

10. Afin de mieux comprendre pourquoi la Cour suprême a procédé au choix qui fait que nous plaidons aujourd'hui, il paraît nécessaire de revenir sur les deux branches de ce dilemme judiciaire. Le traitement de chacune d'entre elles fournira l'armature de la présente plaidoirie.

I. Les conséquences qu'aurait eues l'application stricte d'une conception absolue de l'immunité de juridiction

11. Confrontée à l'extrême gravité des crimes commis, au refus persistant de l'Allemagne d'y porter remède et à la détresse de leurs victimes, le juge suprême devait décider s'il confirmait ou non les jugements des tribunaux de première instance et d'appel ; pour eux, l'immunité de juridiction faisait inexorablement écran à l'acceptation de la requête déposée par M. Ferrini puis de celles des autres victimes à l'encontre de l'Allemagne. La solution la plus simple aurait certainement consisté à valider le refus des premiers juges. Deux conséquences majeures, pourtant, auraient été entraînées par le respect de la règle d'immunité souveraine. La première est qu'en faisant prévaloir une règle de procédure sur une règle de fond, la Cour serait restée insensible à l'affirmation de plus en plus marquée par le droit international contemporain de l'importance qu'il accorde à la condamnation des crimes odieux dont les requérants restaient les victimes insatisfaites. La seconde conséquence eut été qu'en adoptant une telle démarche, la Cour de cassation italienne aurait collaboré, en la parachevant, à la constitution définitive d'une situation de déni de justice radical au détriment des victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, victimes ainsi condamnées jusqu'au tombeau à rester insatisfaites. Reprenons ces deux points.

A. Le *jus cogens*, la procédure et le fond

12. On a évoqué tout à l'heure la parenté entre la situation du juge interne et celle du juge international. Il y a aussi des différences essentielles entre l'un et l'autre. La Cour internationale de Justice ne peut passer outre au consentement des Etats à sa juridiction. Elle avait notamment souligné, dans l'affaire du *Timor oriental*, que «l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses distinctes» *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29. Elle prit cette position parce que, contrairement à l'analyse défendue par le Portugal se prévalant de l'arrêt intervenu dans l'affaire

des *Phosphates à Nauru*, elle considérait quant à elle ne pas pouvoir examiner sa requête sans du même coup avoir à envisager la responsabilité de tiers à l'instance qu'était l'Indonésie.

13. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République du Congo c. Rwanda)*, c'est également par référence au fondement de sa compétence que la Cour distingue entre celle-ci et les conséquences de l'appartenance d'une norme au *jus cogens*⁵⁹. Le *non possumus* ainsi prononcé par la Cour est pour elle *impératif* parce qu'elle ne saurait agir hors des cadres de son Statut ; «en vertu du Statut de la Cour, nous dit-elle en 2006, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties».

14. A l'échelle du droit interne, en revanche, la Cour de cassation n'a pas une telle contrainte. Organe judiciaire suprême d'un ordre juridique intégré, c'est-à-dire vertical, elle examine des requêtes introduites sur une base *unilatérale*. Sa compétence ne dépend nullement de l'accord préalable des parties. C'est à *elle seule* de décider si, en application du droit italien et du droit international, elle doit faire prévaloir une règle secondaire de procédure sur une règle primaire de fond, en fonction de toutes les données de l'affaire, y compris l'évolution d'interprétation des normes internationales invocables en droit positif. Elle peut ainsi poser simultanément sur les deux plateaux de la balance la norme procédurale et le principe substantiel pour réexaminer si l'évolution du droit peut l'amener à la faire pencher en faveur de l'un plutôt que de l'autre. Ce faisant, le juge interne agit à la fois, selon le mécanisme du «dédoublement fonctionnel» bien décrit par Georges Scelle⁶⁰, comme juge suprême de son ordre juridique interne et comme agent d'application du droit international en cours d'évolution.

15. Dans la sentence rendue en l'affaire *Ferrini* comme dans les suivantes, le juge suprême s'avère explicitement conscient de cette double fonction comme du caractère évolutif du droit international qu'il doit appliquer. Persister, comme le fait ici l'Allemagne, en rupture d'ailleurs sensible avec certaines des tendances générales dans sa doctrine⁶¹, à cantonner le droit impératif dans le seul champ des règles primaires sans reconnaître, ne fût-ce qu'au juge *interne*, la possibilité

⁵⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 31, par. 64.

⁶⁰ Voir A. Cassese, *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoublement fonctionnel) dans International Law*, www.ejil.org/pdfs/1/1/1126.pdf.

⁶¹ Voir P. M. Dupuy, *Taking International Law Seriously: The German Approach to International Law*, dans *German Yearbook of International Law-Jahrbuch für Internationales Recht*, vol. 50, 2008, p. 375-392.

d'envisager les conséquences d'une règle impérative de fond sur le terrain de la procédure, c'est réduire le droit impératif à une pure pétition de principes sinon sans contenu du moins sans *invocabilité* directe ; un droit proclamé mais un droit sans effectivité ; un droit indérogeable, certes, mais dont la solennité n'aurait d'égale que la persistante virtualité ! Telle eût été la première conséquence d'une application stricte de l'immunité souveraine ; la Cour suprême n'en a pas voulu.

B. Le juge suprême italien aurait prêté son concours à la réalisation et au maintien d'un fait illicite international grave commis par un autre Etat

16. Ici, je me permettrai de poser une question, Monsieur le président : *Est-ce qu'un Etat peut, par l'intermédiaire de l'un de ses organes judiciaires, apporter son concours à la réalisation et au maintien d'un fait illicite international accompli par un autre Etat ?* La réponse, assurément, est positive. C'est ce que le *Bundesverfassungsgericht* a eu l'occasion de relever à plusieurs reprises, notamment en 2004, précisément pour éviter de se retrouver dans une telle situation. Il l'a fait à propos d'expropriations effectuées il y a bien longtemps, après la seconde guerre mondiale, alors que l'Allemagne était encore placée sous l'autorité des puissances occupantes et avant même la création de la RDA. La Cour constitutionnelle de l'Allemagne réunifiée dit à ce propos, soixante ans plus tard, qu'il y a pour les organes de la République fédérale obligation de «mettre en œuvre le droit international public dans leur propre aire de responsabilité au cas où des Etats tiers l'auraient violé» et elle en tire la conclusion que les autorités allemandes «se voyaient interdite toute coopération décisive à la perpétration d'un acte accompli par des autorités non allemandes en violation des règles générales du droit international public», reprenant ainsi les termes de l'article 25 du *Grundgesetz*⁶². On peut en conclure *a contrario* que si elle avait jugé différemment, la Cour constitutionnelle allemande se serait elle-même rendue complice de la commission d'un fait international accompli par un tiers, en violation du droit international, engageant du même coup la responsabilité de l'Allemagne pour assistance à la persistance de cette violation du droit international ainsi que l'indique l'article 16 du projet de la CDI de 2001. Le *Bundesverfassungsgericht* restait ainsi dans la ligne d'une autre décision qu'il avait prise en

⁶² BverfGE 112, 1, 24, par. 88.

matière d'extradition, cette fois, un an plus tôt⁶³. On trouverait, du reste, bien d'autres espèces dont certaines plus récentes, comme l'arrêt prononcé trois ans plus tard, en 2007, par le Tribunal fédéral suisse qui vont dans le même sens⁶⁴. Or, en Italie, l'arrêt *Ferrini* se situe tout à fait à la même époque. Il procède de la même inspiration, en s'appliquant à lui-même l'interdiction de contribuer à la perpétration d'un fait illicite continu imputable, cette fois, à l'Allemagne fédérale elle-même, pour non-réparation des dommages causés par des violations graves d'obligations du droit international humanitaire. La Cour de cassation est d'autant plus vigilante qu'il s'agit en l'espèce de la méconnaissance d'obligations impératives ; mais vous voudrez bien noter, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, que, même si l'article 41 du projet de la CDI sur le droit de la responsabilité pose à propos des seules violations graves d'une norme impérative une obligation *positive* des Etats tiers de coopérer pour mettre fin à cette méconnaissance du *jus cogens*, l'obligation de non-assistance à la commission d'un fait illicite par un autre Etat, quant à elle, découle déjà de l'article 16 du projet de la Commission du droit international lequel s'applique à *tout* type de fait illicite.

17. Ces deux dispositions, article 16, article 41, sont-elles inconnues du juge italien ? Pas le moins du monde. Le juge suprême de l'Italie connaît ses droits, et les normes du droit international généralement reconnues en font partie. Dans l'arrêt *Ferrini*, il se réfère explicitement à l'article 41 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats pour rappeler qu'il interdit de prêter assistance au maintien de situations attentatoires au droit international ; cela l'oblige, elle, la Cour suprême italienne, à «concourir par des moyens légitimes, à la cessation d'activités illicites»⁶⁵. C'est précisément le contraire qui se serait passé si la Cour avait retenu l'application en l'espèce de l'immunité souveraine de juridiction et c'est ce qu'elle a voulu éviter parce qu'elle ne voulait pas que, par le biais de sa propre jurisprudence, se maintienne une situation qui soit à la fois *a)* attentatoire au droit international, *b)* qui plus est à propos de la commission de crimes commis en violation de normes impératives, et *c)* à l'égard de citoyens dont elle a particulièrement à charge,

⁶³ BverfGE, décisions du 5 novembre 2003, cas n° 2, BverfGE 1243/03 et BverfGE 1506/03.

⁶⁴ Une première décision dans ce sens était déjà intervenue en 1982, Tribunal fédéral suisse, P1201/81/fs publié aussi dans *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 10 (1983), p. 435 et suiv. ; voir aussi Tribunal fédéral suisse, 1B_87/2007, aussi dans *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 34 (2007), p. 571 et suiv.

⁶⁵ *Corte di Cassazione*, jugement n° 5044/2044, *Ferrini*, 11 mars 2004, par. 9, dans *GM*, Annex 1 and 128, *ILR*, 659 (traduction anglaise).

en tant que juridiction de dernière instance, de sauvegarder les droits, les citoyens italiens. Si la *Corte Suprema* avait agi différemment, en accordant même dans ce cas limite l'immunité de juridiction à l'Allemagne, elle aurait pour ainsi dire prêté la dernière main à la réalisation d'une situation de déni de justice absolu, en bouchant la dernière issue qui s'offrait encore aux victimes. Elle a considéré qu'elle ne pouvait agir ainsi sans rendre l'Italie elle-même responsable pour assistance à la réalisation définitive d'un illicite international.

18. Voyons, alors, les conséquences qui se sont attachées à la solution que la Cour de cassation a effectivement retenue, celle de la mise à l'écart à titre exceptionnel de l'immunité souveraine.

II. Les conséquences positives attachées à la mise à l'écart, à propos des crimes en cause, de l'immunité de juridiction de l'Allemagne

19. En retenant l'option, difficile, qu'elle a prise, la Cour de cassation faisait un choix issu en quelque sorte d'un calcul «coûts/bénéfices». Si elle a pris la décision retenue, au péril d'exposer l'Italie à la réaction négative d'un Etat ami, c'est d'abord parce que celle-ci lui paraissait cohérente avec les évolutions les plus contemporaines du droit international ; c'est ensuite parce qu'elle garantissait un droit d'accès à la justice à toutes les victimes de crimes nazis encore en attente de réparation. Reprenons ces deux points.

A. Un choix de cohérence orienté vers la conciliation de l'immunité de juridiction avec les nouvelles tendances du droit international

20. «L'existence d'une norme coutumière de droit international qui impose aux Etats l'obligation de s'abstenir d'exercer leur pouvoir juridictionnel à l'égard des Etats étrangers doit être reconnue, en application de l'article 10 de notre Constitution.»⁶⁶

21. Ceci, c'est la Cour suprême italienne qui le dit, le 11 mars 2004, au paragraphe 5 de son arrêt dans l'affaire *Ferrini*. Et si elle l'affirme de façon encore beaucoup plus solennelle dans le texte original italien que dans ma traduction que j'ai ici abrégée, c'est parce qu'elle entend rejeter catégoriquement l'argument contraire que faisait le demandeur. Ce principe d'immunité, elle en

⁶⁶ *Ibid.*, par. 5.

reconnait d'autant plus l'«opérativité» comme elle dit dans l'ordre juridique italien, qu'elle l'applique elle-même couramment en d'autres circonstances.

22. Pour autant, la Cour de cassation ne juge pas dans l'abstrait. Elle a en l'occurrence devant elle, au-delà de la personne de M. Ferrini, la détresse totale des derniers survivants des soldats italiens faits prisonniers en 1943 avant d'être soumis aux travaux forcés ; elle est face au désarroi des civils transférés à la même époque dans des camps de concentration pour un labeur confinant à l'esclavage ; elle sait l'existence des survivants et ayant droits des victimes de massacres perpétrés au cours de l'été 1944 au titre de représailles exercées par un occupant aux abois. Et, alors même qu'il ne saurait être question de nier que les faits imputables à l'Allemagne nazie l'ont été *jure imperii*, elle n'oublie jamais qu'en l'absence d'accord entre l'Allemagne et l'Italie spécifiquement attaché à la réparation des dommages causés par de tels crimes, elle est le dernier recours qui s'offre aux victimes.

23. Elle vient de dire qu'au titre de l'article 10 de la Constitution, le principe de l'immunité souveraine fait toujours partie intégrante du droit positif. Mais elle sait aussi que parmi les «normes du droit international généralement reconnues», auxquelles se conforme l'ordre juridique italien, figurent d'autres normes condamnant les crimes de guerre et crimes contre l'humanité et établissant l'obligation d'en réparer les conséquences ; précisément parce que, pour reprendre ses propres termes au paragraphe 7 du même arrêt, ces crimes «lèsent des valeurs universelles qui transcendent les intérêts des seules communautés étatiques». Là aussi l'original italien est plus beau. A ce stade, la Cour suprême relève, l'un après l'autre, les indices révélateurs du fait que les crimes de déportation et de soumission des prisonniers de guerre et populations civiles au travail forcé aussi bien que les massacres de populations civiles constituent des atteintes au droit impératif, et elle le fait en partant des premiers travaux de la Commission du droit international relatifs à ces crimes, en 1950, jusqu'aux développements les plus contemporains du droit international pénal. Nous y voilà, le droit international pénal, non pas du tout parce que le juge italien confondrait crimes individuels et crimes d'Etat, comme certains l'ont dit trop vite, mais parce que le droit international pénal atteste l'importance éminente pour la communauté internationale des valeurs

bafouées par de telles actions⁶⁷. C'est bien cette appartenance des «crimes de droit international» à la catégorie des atteintes au *jus cogens* qui permet à la Cour, se ralliant à la conception hiérarchiste défendue par les juges dissidents de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani*⁶⁸, de faire prévaloir les normes impératives centrées sur le respect de la dignité de la personne humaine ; elle les fait prévaloir non pas sur le principe de l'immunité de juridiction lui-même mais sur la conception absolue qu'on pourrait en avoir. Elle souligne en particulier⁶⁹ le paradoxe qu'il y aurait à sacrifier la défense des valeurs communautaires au bénéfice de l'intérêt individuel d'un seul Etat.

24. Le fait que le juge suprême italien puise dans la même disposition constitutionnelle — l'article 10 — pour affirmer, à la fois, et la validité du principe de l'immunité de juridiction et la prépondérance de la réparation des dommages causés par des crimes de guerre et crimes contre l'humanité manifeste bien que l'arrêt *Ferrini* comme ceux qui le suivront ne constitue nullement une abolition de l'immunité souveraine ni même simplement sa dévaluation. Il s'agit toujours là d'un principe fondamental du droit international général comme du droit italien et le juge suprême le reconnaît. Ce à quoi la Cour de cassation procède, en réalité, c'est seulement à une redéfinition : non celle de la notion mais tout au plus la mise en évidence des situations dans lesquelles elle ne peut opérer ; non une dénégation, mais un simple réajustement, afin que l'usage de ce principe ne puisse pas faire obstacle au respect des obligations essentielles définies par la communauté internationale dans son ensemble.

25. Ce qui importe au juge suprême italien, c'est ainsi de maintenir la cohérence d'un corps de droit international général dont il reconnaît que sa loi fondamentale lui fait obligation de l'appliquer dans son ordre interne. Cette attitude n'a rien de singulier ! Ainsi, trouve-t-on une démarche en soi très analogue dans un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation française, du 9 mars 2011, même si, en l'occurrence, celle-ci a concédé l'immunité à la Libye mais elle l'a fait seulement parce que les faits de l'espèce l'ont en l'occurrence incitée à conclure qu'un attentat terroriste déterminé ne pouvait être imputable à cet Etat. Pour autant, la

⁶⁷ *Ibid.*, par. 7 et suiv.

⁶⁸ Voir contre-mémoire de l'Italie, par. 4.72 et suiv.

⁶⁹ Arrêt *Ferrini*, *cit.*, par. 9.1.

Cour de cassation française en a décidé ainsi tout en déclarant qu'une norme de *jus cogens* du droit international «prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction»⁷⁰.

26. On ne saurait être surpris de l'aisance avec laquelle le juge de cassation, dans l'un et l'autre pays, se réfère ainsi au *jus cogens*. Le *jus cogens* en effet c'est de l'ordre public. Et l'ordre public, dont Portalis, corédacteur du code Napoléon disait que son maintien dans une société constitue «la loi suprême» d'un pays⁷¹, le juge interne connaît bien ! Il connaît parce que le recours à cette notion est pour lui un instrument déterminant pour garantir l'intérêt propre à la collectivité qu'il a pour tâche de protéger. Il lui semble par conséquent tout naturel que le droit international dont les étapes de développement lui rappellent à bien des égards celles de son droit interne en soit parvenu, à son tour, à la consécration d'un ordre public dont il convient de tirer les conséquences logiques, y compris sur le plan procédural. En second et dernier lieu, le choix opéré par la Cour suprême offre une garantie à toutes les victimes de crimes nazis encore en attente de réparation d'un droit d'accès au juge.

B. Une garantie offerte à toutes les victimes de crimes nazis encore en attente de réparation d'un droit d'accès au juge

27. Quant à la garantie d'un droit d'accès à la justice, je serai bref tant cet aspect est bien connu de la Cour. Il ne sert à rien à l'Allemagne de prétendre que ses tribunaux sont accessibles aux requérants italiens. C'est bien la moindre des choses ! Ce qui compte, c'est qu'en pratique, les juridictions allemandes ont considéré qu'en application des dispositions de la législation allemande applicable, aucune des catégories de victimes concernées dans notre affaire ne rentrait dans le cadre des catégories de personnes admises à la réparation⁷². C'est même en raison de cette attitude réfractaire des juridictions allemandes que les requérants comme M. Ferrini et quelques autres se sont résolus à porter leur demande, perpétuellement insatisfaite en Allemagne, devant les

⁷⁰ Cour de cassation française, première chambre civile, audience publique du 9 mars 2011, n° de pourvoi : 09-14743, publié au *Bulletin*. La faute reprochée à la Libye était de ne pas avoir poursuivi les auteurs de l'attentat contre le DC-10 d'UTA mais pas d'avoir commandité elle-même l'attentat. <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/publies-1/3274771-cour-de-cassation-civile-chambre-civile-1-9-mars-2011-09-14-743-publie-au-bulletin>.

⁷¹ Voir «Ordre public», dans D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 1121.

⁷² Voir en particulier contre-mémoire de l'Italie, par. 2.22-2.34 et 2.35-2.44 ; duplique de l'Italie, par. 3.20 et suiv.

juridictions internes italiennes. Or, les droits positifs international aussi bien qu'europpéen interdisent et de longue date le déni de justice dans un cadre interétatique mais consacrent qui plus est le droit d'accès à la justice comme un droit de l'homme, dans sa double acception de droit à un procès équitable et de droit à la réparation. La Cour internationale de Justice avait d'ailleurs d'elle-même déjà noté le lien substantiel existant entre l'un et l'autre dès 1970 ; dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*, elle déclarait, je cite, qu'«[e]n ce qui concerne ... les droits de l'homme..., on doit noter qu'ils comportent aussi une protection contre le déni de justice» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 48, par. 91*), celui-ci étant entendu comme «refus d'accorder à quelqu'un ce qui lui est dû»⁷³. Il est inutile, à ce stade de l'audience, de faire le rappel de l'article 14 du pacte sur les droits civils et politiques, de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ou de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Toutes ces dispositions sont également applicables dans les ordres juridiques internes aussi bien allemand qu'italien : c'est aussi sur cette base que, confrontée à l'imminence de la violation définitive et sans appel des principes ainsi consacrés, la Cour suprême italienne a franchi le pas pour préférer réajuster le principe de l'immunité qui lui est apparu devoir être exigé par le maintien de la cohérence du droit international applicable en l'espèce.

28. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, cette affaire manifeste à la fois la noblesse et la difficulté de la fonction de juger. Dans un droit international général dont les évolutions successives dépendent du concours de la volonté des États, le juge, interne comme international, n'est plus seulement «la bouche de la loi» tel que le définissait Montesquieu⁷⁴.

Pour reprendre les termes de sir Hersch Lauterpacht en 1958, cités trente ans plus tard par Mme Rosalyn Higgins au début de son cours général à l'Académie de La Haye : «the judge does not «find rules» but he makes choices ... between claims which have varying degrees of legal merits»⁷⁵.

⁷³ J. Salmon (Ed.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruylant/AUF, p. 320, reprenant la définition de Calvo, *Dictionnaire*, I, p. 237.

⁷⁴ Montesquieu, *L'esprit des lois*, II, 4.

⁷⁵ H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 399 ; cité par R. Higgins, *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes, General Course on Public International Law*, dans *Recueil des cours*, vol. 230 (1991-V), p. 26.

Ceci, Monsieur le président, termine ma plaidoirie et celle de l'Italie pour ce matin. Je vous remercie.

The PRESIDENT: I thank Professor Pierre-Marie Dupuy for his presentation. This brings today's sitting to an end and marks the end of the first round of oral argument. The Court will meet again tomorrow morning, between 10 a.m. and 12 noon, to hear Greece's oral observations on the subject-matter of its intervention.

The sitting is closed.

The Court rose at 1.05 p.m.
