

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

**AFFAIRE RELATIVE AUX IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ÉTAT
(ALLEMAGNE c. ITALIE)**

CONTRE-MÉMOIRE DE L'ITALIE

VOLUME I

22 DÉCEMBRE 2009

[Traduction du Greffe]

TABLE DES MATIÈRES

	Page
CHAPITRE PREMIER : OBSERVATIONS GÉNÉRALES	1
Section I. Introduction.....	1
Section II. L'accord des Parties sur la compétence de la Cour	2
Section III. L'étendue réelle du différend	3
Section IV. La position de la République fédérale d'Allemagne et sa responsabilité internationale à raison des crimes commis par le III ^e Reich	4
Section V. L'élément temporel de la présente affaire.....	4
CHAPITRE II : LES FAITS	6
Section I. Les événements de la seconde guerre mondiale qui intéressent les Parties.....	6
A. Emprisonnement et soumission au travail forcé de militaires et de civils italiens.....	6
B. Crimes contre la population civile.....	7
Section II. L'exclusion des victimes italiennes de la réparation en raison d'une interprétation erronée des clauses de renonciation de 1947 et 1961	8
Section III. Les mécanismes d'indemnisation mise en place par l'Allemagne et l'absence persistante d'une indemnisation effective pour un très grand nombre de victimes italiennes	10
A. La loi fédérale d'indemnisation de 1953.....	10
B. La loi d'indemnisation du 2 août 2000.....	12
Section IV. La recherche d'une voie de recours effective à la lumière d'un déni de justice : l'accès à la justice devant les juridictions italiennes et la dérogation au principe de l'immunité.....	15
Section V. Conclusion.....	17
CHAPITRE III : LA COMPÉTENCE	19
Section I. Introduction.....	19
Section II. Identification de la cause réelle du différend soumis par l'Allemagne aux fins de la compétence de la Cour	20
Section III. Le différend sur l'immunité soumis par l'Allemagne et le différend sur la réparation soumis par l'Italie relèvent du champ d'application <i>ratione temporis</i> de la convention européenne de 1957.....	23
Section IV. Conclusion	25

CHAPITRE IV : L'IMMUNITÉ.....	26
Section I. Introduction.....	26
Section II. Le principe de l'immunité de juridiction des Etats et ses limites.....	27
A. L'immunité de juridiction comme conséquence du principe de la souveraineté des Etats.....	27
B. L'évolution du droit de l'immunité.....	28
1. L'évolution depuis l'immunité absolue vers l'immunité relative.....	28
2. Les exceptions à l'immunité des Etats en matière de dommages causés aux personnes.....	32
a) Le défaut de pertinence de la distinction entre les actes <i>jure imperii</i> et les actes <i>jure gestionis</i> dans le cadre du contentieux de la responsabilité.....	33
b) L'applicabilité de l'exception en matière de responsabilité délictuelle dans les affaires concernant des dommages de guerre.....	35
3. L'application dans le temps des règles en matière d'immunité des Etats.....	37
C. Conclusion.....	39
Section III. Les principes en matière d'immunité des Etats dans le contexte de l'évolution du droit international.....	40
A. Le <i>jus cogens</i>	40
B. Le droit international pénal.....	47
C. L'accès à la justice.....	50
D. Conclusion.....	54
Section IV. Immunité ne peut signifier impunité.....	55
Section V. Conclusion.....	58
CHAPITRE V : LA RÉPARATION.....	59
Section I. Introduction.....	59
Section II. Le principe général de la réparation effective en cas de violations graves du DIH.....	61
A. Le régime de réparation pour violations graves du DIH.....	61
B. L'impossibilité de déroger à l'obligation de réparation en matière de crimes de guerre.....	64
C. La nécessité d'une réparation «effective» et les manières dont les Etats s'acquittent de leurs obligations de réparation.....	66

Section III. Les développements ayant marqué le droit international pénal, le droit des droits de l'homme et les autres principes pertinents concernant l'indemnisation des victimes de crimes internationaux.....	68
Section IV. Les obligations de réparation de l'Allemagne à raison des violations graves du DIH à l'encontre de victimes italiennes.....	71
CHAPITRE VI : L'ÉQUILIBRE À ASSURER ENTRE L'IMMUNITÉ ET L'OBLIGATION DE RÉPARATION.....	79
Section I. La position des juges italiens quant au conflit entre l'immunité et la réparation	79
A. Introduction.....	79
B. Les juges nationaux et le droit international	81
Section II. Les raisons pour lesquelles le refus de l'immunité par l'Italie ne constitue pas un fait internationalement illicite.....	84
CHAPITRE VII : DEMANDE RECONVENTIONNELLE.....	89
Section I. Introduction.....	89
Section II. Compétence de la Cour et recevabilité de la demande reconventionnelle	89
Section III. Mesures demandées par l'Italie.....	91
Section IV. Conclusions.....	92
CONCLUSIONS.....	92
LISTE DES ANNEXES.....	94

CHAPITRE PREMIER OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Section I. Introduction

1.1. Dans le présent contre-mémoire, présenté dans le délai fixé par la Cour internationale de Justice (ci-après «la Cour») dans son ordonnance du 29 avril 2009, la République italienne (ci-après «l'Italie») aimerait d'abord exposer les arguments sur la base desquels elle prie la Cour de rejeter la demande présentée le 23 décembre 2008 par la République fédérale d'Allemagne (ci-après «l'Allemagne») et développée dans son mémoire du 12 juin 2009. Deuxièmement, l'Italie souhaiterait préciser les moyens sur lesquels est fondée sa demande reconventionnelle, présentée dans le même contexte.

1.2. Dans son mémoire, l'Allemagne insiste sur le fait que les profonds rapports d'amitié et de coopération qui lient l'Italie à l'Allemagne ne sont nullement remis en cause par l'initiative de soumettre à la Cour une contestation délicate qu'il semble impossible de résoudre d'une autre manière. En effet, depuis l'arrêt rendu par la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini* le 11 mars 2004¹, une tendance a commencé à s'affirmer en jurisprudence, selon laquelle l'immunité de juridiction de l'Allemagne ne saurait être reconnue par les juges italiens dans le cadre d'actions en réparation intentées par des victimes de crimes commis par les autorités nazies au cours de la seconde guerre mondiale. D'après l'Allemagne, le refus de l'immunité à l'Etat allemand de la part des juges italiens devrait être considéré comme un comportement internationalement illicite que la Cour devrait constater et dont elle devrait tirer toutes les conséquences appropriées en vertu du droit international.

1.3. L'Italie partage pleinement la conviction selon laquelle les solides liens d'amitié unissant les deux pays ne risquent nullement d'être perturbés par la présente procédure et elle «respecte la décision de l'Allemagne de s'adresser à la Cour internationale de Justice pour obtenir une décision sur le principe de l'immunité de l'Etat», comme elle l'a affirmé d'une manière solennelle dans la déclaration conjointe adoptée à l'occasion des consultations tenues entre les gouvernements allemand et italien à Trieste le 18 novembre 2008². Evidemment, l'Italie croit également que, dans le même esprit de profonde amitié, l'Allemagne respectera à son tour le fait que l'Etat italien ait décidé non seulement de contester la demande de l'Allemagne sur le fond, mais également de présenter une demande reconventionnelle dans le présent contre-mémoire, afin que la question complexe qui se trouve au cœur du différend puisse, à l'aide de la Cour, être résolue dans son intégralité, et pas seulement en partie. En effet, la jurisprudence italienne refusant à l'Etat allemand l'immunité de juridiction dans le cadre d'actions en réparation introduites par des victimes de crimes commis par les autorités nazies au cours de la seconde guerre mondiale est indissolublement liée à la constatation que ces victimes ont subi et continuent de subir un déni de justice flagrant, étant donné que pendant plus de soixante ans, toute tentative d'obtenir le respect par l'Allemagne du principe impératif du droit international imposant une obligation de réparation absolue dans de tels cas s'est révélée infructueuse. En conséquence, le règlement complet du différend exige que la Cour soit appelée à se prononcer non seulement sur la question de savoir si l'Italie a violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne (comme le prétend cette dernière), mais également sur la question étroitement liée à celle-ci, à savoir si l'Allemagne a manqué et continue

¹ Annexe 1 du mémoire de la République fédérale d'Allemagne (ci-après «MA»).

² Annexe 1.

de manquer à son obligation d'assurer la réparation de violations particulièrement graves du droit international humanitaire dont elle est responsable sur le plan international (comme le soutient l'Italie).

1.4. Comme l'Allemagne le reconnaît, le Gouvernement italien s'est systématiquement efforcé d'éviter que la question de l'immunité ne devienne un objet de contentieux devant les juridictions italiennes. Les positions prises dans le cadre de procédures judiciaires par l'*Avvocatura dello Stato* et la *Procura Generale*³ peuvent s'expliquer dans ce contexte. Néanmoins, les juridictions italiennes étaient manifestement placées devant un dilemme : consacrer un déni de justice flagrant ou rendre justice aux victimes de crimes odieux. Face à ce dilemme, les juges italiens ont fait le seul choix logique et rationnel qui s'offrait à une institution judiciaire : étant donné l'existence d'une obligation impérative de réparation, compte tenu du fait que plusieurs tentatives avaient été faites pour obtenir une réparation satisfaisante de la part de l'Allemagne, et vu que toutes les autres voies de recours semblaient avoir été épuisées, ils devaient rendre justice, fût-ce au prix d'écarter le principe de l'immunité. Etant donné que l'Allemagne a décidé de saisir la Cour d'un seul aspect de cette situation complexe, l'Italie estime qu'il est particulièrement souhaitable, voire nécessaire, que la Cour soit priée d'examiner et de régler la situation dans son intégralité.

7

Section II. L'accord des Parties sur la compétence de la Cour

1.5. Comme il ressort de la déclaration conjointe du 18 novembre 2008, non seulement l'Italie respecte la décision de l'Allemagne de saisir la Cour de la présente affaire, mais elle s'est également déclarée convaincue que la décision de la Cour «contribuera[it] à faire la lumière sur cette question complexe»⁴. La déclaration conjointe pourrait donc à elle seule valablement servir de base consensuelle de la compétence de la Cour dans la présente affaire, et ce même indépendamment de la référence à la convention européenne sur le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957 faite par l'Allemagne⁵. Il va également de soi que, conformément à la lettre et à l'esprit de la déclaration conjointe, l'Italie s'estime en tout cas tenue de ne pas soulever d'objections quant à la compétence de la Cour pour statuer sur la demande de l'Allemagne et sur la recevabilité de celle-ci.

1.6. Comme il sera indiqué au chapitre III ci-dessous, les principes définis dans la convention européenne de 1957, sur lesquels l'Allemagne fonde la compétence de la Cour à l'égard de sa demande, établissent aussi pleinement la compétence de la Cour à l'égard de la demande reconventionnelle présentée par l'Italie. Il convient toutefois de noter que la déclaration conjointe de 2008 implique que l'Allemagne partage pleinement la confiance de l'Italie que la décision de la Cour permettra de «faire la lumière sur cette question complexe». Or la complexité de la question soumise à la Cour découle précisément du fait qu'en l'espèce, la question de l'immunité juridictionnelle de l'Etat ne se pose pas d'une manière abstraite et générale, mais en rapport avec des litiges concernant le refus de réparation opposé à des victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Il s'ensuit que toute objection de la part de l'Allemagne quant à la recevabilité de la demande reconventionnelle présentée par l'Italie ou quant à la compétence de la Cour pour statuer sur cette dernière contrasterait nettement avec la commune intention des parties, telle qu'elle a été exprimée conjointement en des termes solennels.

³ MA, par. 24 et 26 ; annexes 10 et 11.

⁴ Déclaration conjointe des gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de la République italienne du 18 novembre 2008 (annexe 1).

⁵ MA, par. 1.

Section III. L'étendue réelle du différend

1.7. Dans sa demande, l'Allemagne prie la Cour de constater qu'au travers de sa jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Ferrini*, l'Italie a violé et continue de violer au détriment de l'Allemagne le principe de l'immunité des Etats étrangers, qui interdit aux particuliers d'assigner un Etat devant les juridictions d'un autre Etat.

1.8. Comme il sera souligné au chapitre IV ci-dessous, l'Italie se rallie totalement à l'opinion de l'Allemagne selon laquelle l'immunité de juridiction des Etats étrangers constitue un principe fondamental du droit international. Toutefois, même si ce principe est incontestablement toujours en vigueur, il doit être interprété correctement. Autrefois conçu en des termes absolus, il est de nos jours généralement considéré comme relatif : les développements importants qu'a connus le droit international en la matière ont progressivement fait ressortir que l'immunité devait être considérée comme étant susceptible de plusieurs exceptions. En d'autres termes, il est reconnu que dans toute une série de situations, l'immunité ne saurait être valablement invoquée par un Etat qui a été assigné devant le juge d'un autre Etat.

1.9. Cependant, en plus des exceptions concrètement identifiables en vertu des standards de la pratique internationale, il convient d'étudier la manière dont le principe de l'immunité interagit avec d'autres règles du droit international revêtant une importance cruciale, en tenant compte des incidences potentielles de la hiérarchie des normes. En effet, la Cour n'a pas été invitée en l'espèce à statuer sur l'existence du principe de l'immunité de juridiction de l'Etat, mais sur la question de savoir si ce principe devrait ou non être appliqué même lorsqu'il est utilisé principalement pour exonérer l'Etat lui-même du respect d'obligations internationales de nature impérative, en d'autres termes, lorsque le recours au juge national s'avère être la seule voie susceptible d'assurer le respect desdites obligations, puisque toutes les autres voies de recours se sont révélées infructueuses ou sont de toute façon exclues à la suite du choix de l'Allemagne d'après-guerre de ne pas indemniser une multitude de victimes italiennes de crimes épouvantables commis par le Reich allemand.

1.10. L'Italie est convaincue du fait que l'application *in concreto* de l'immunité juridictionnelle de l'Etat doit être équilibrée par la nécessité d'éviter que cette application n'ait pour effet de consacrer une violation irréparable du principe du droit international, lui-même fondamental et, de surcroît, non susceptible de dérogation, concernant l'obligation d'offrir une réparation effective aux victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, et demande à la Cour de statuer en ce sens. Les chapitres V et VI du présent contre-mémoire sont consacrés, le premier, à l'identification des principes fondamentaux du droit international applicables en matière de réparation des dommages causés par des violations graves du droit international humanitaire et, le second, à l'équilibre qu'il est nécessaire d'assurer en l'espèce entre l'immunité et la réparation.

1.11. Il s'avère donc que la constatation de l'existence de l'obligation internationale de réparation et de la violation continue de cette obligation par l'Allemagne représente une étape indispensable pour qu'il soit possible de déterminer si l'Italie a ou non violé l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne. Comme il est précisé au chapitre VII ci-dessous, par sa demande reconventionnelle, l'Italie prie également la Cour de tirer toutes les conséquences de cette constatation, en indiquant en particulier que l'Allemagne est de toute façon tenue de mettre fin à son comportement illicite et qu'elle est obligée en conséquence d'offrir aux victimes une réparation appropriée et effective.

Section IV. La position de la République fédérale d'Allemagne et sa responsabilité internationale à raison des crimes commis par le III^e Reich

1.12. Dans son mémoire, l'Allemagne reconnaît *de plano* et d'emblée qu'«à l'égard d'actes *jure imperii* accomplis par les autorités du III^e Reich ... il incombe à l'Allemagne d'aujourd'hui d'assumer la responsabilité à l'échelle internationale»⁶ et décrit «les mesures prises par l'Allemagne d'après-guerre pour donner effet à la responsabilité internationale de l'Allemagne» en ce qui concerne «le comportement illicite des forces du Reich allemand»⁷. Or ce n'est pas seulement la responsabilité internationale de l'«Allemagne d'aujourd'hui» à raison du comportement des autorités allemandes de l'époque qui est incontestable et incontestée ; ce qui est également indéniable et a en outre été ouvertement reconnu par l'Allemagne, c'est la nature illicite, et plus précisément criminelle⁸, des «violations massives du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes à partir des 8 et 9 septembre 1943 et ce, jusqu'à la libération de l'Italie»⁹, ainsi que les «souffrances indicibles infligées aux hommes et femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens»¹⁰.

10

1.13. L'Italie invite la Cour à constater qu'il n'existe pas de contestation entre les parties en ce qui concerne la responsabilité de l'Allemagne à raison des actes indéniablement criminels commis par le III^e Reich à l'encontre d'Italiens auxquels se réfère la jurisprudence italienne refusant l'immunité de juridiction à l'Etat allemand. En d'autres termes, l'existence de l'obligation d'assurer une réparation à raison des crimes commis, l'impossibilité de déroger à cette obligation et le fait qu'elle continue de peser sur l'Allemagne démocratique actuelle peuvent et doivent être analysés et établis par le juge international sur la base de ces données certaines et incontestables.

Section V. L'élément temporel de la présente affaire

1.14. Tant la demande de l'Allemagne que la demande reconventionnelle de l'Italie portent sur les mêmes faits illicites d'une gravité exceptionnelle, commis entre 1943 et 1945 au cours de la seconde guerre mondiale. Les questions litigieuses que la Cour est à présent invitée à trancher posent donc inévitablement des problèmes intertemporels, puisqu'il est nécessaire de déterminer les effets juridiques de l'écoulement du temps, en tenant compte de l'évolution incontestable des principes pertinents du droit international au cours de cette période de plus de soixante ans. D'après la position exprimée à cet égard par l'Allemagne dans son mémoire, les événements du passé ne sauraient être appréciés au regard des standards des règles du droit international actuellement en vigueur, puisque celles-ci ne sauraient faire l'objet d'une application rétroactive¹¹. Selon ce qu'elle affirme, les crimes en question «appartiennent au passé» et «le cercle des droits et d'obligations auxquels ils ont donné naissance est fermé»¹². L'Allemagne ajoute ensuite que «[d]epuis cette époque, aucun nouvel élément dommageable n'est venu s'ajouter au préjudice initialement causé». Par conséquent, «la prescription selon laquelle toute obligation juridique doit être interprétée dans son contexte juridique ne saurait être étendue de manière à modifier un rapport de droit dont les contours ont été tracés en vertu de la règle *tempus regit actum*»¹³.

⁶ MA, par. 1.

⁷ *Ibid.*, par. 7.

⁸ *Ibid.*, par. 59.

⁹ MA, par. 15.

¹⁰ *Ibid.* et déclaration conjointe.

¹¹ MA, par. 91.

¹² MA, par. 95.

¹³ *Ibid.*, par. 94.

1.15. Une telle argumentation ne saurait être accueillie. De surcroît, elle n'est nullement pertinente en l'espèce, que ce soit par rapport à la demande principale de l'Allemagne ou par rapport à la demande reconventionnelle de l'Italie.

11

1.16. Dans sa demande, l'Allemagne prétend que l'approche adoptée par les juges italiens dans leur jurisprudence depuis l'arrêt *Ferrini* violerait son droit à bénéficier de l'immunité de juridiction. Ces faits prétendument illicites ne remontent pas à une époque plus ou moins lointaine, mais sont des faits présents. C'est donc inévitablement à la lumière du droit international actuellement en vigueur, et non pas à la lumière de celui qui existait dans le passé, que la Cour doit décider si c'est à bon droit que les juges italiens ont refusé l'immunité de juridiction. La règle *tempus regit actum* est bien valable. Néanmoins, les actes *sub judice* en l'espèce ne sont pas les crimes commis au cours des années 1940 par le III^e Reich (dont la commission et la responsabilité de l'Allemagne qui en découle ne font pas l'objet d'une contestation, comme il a déjà été souligné), mais les décisions des juges italiens qui, depuis 2004, retiennent la compétence des juridictions italiennes à l'égard de l'Etat allemand. Dès lors, les principes du droit international invoqués par l'Allemagne concernent la réglementation et, le cas échéant, la limitation de l'exercice du pouvoir juridictionnel national à l'égard des Etats étrangers. C'est donc en vertu des principes en vigueur au moment où le juge est saisi d'une action contre l'Etat étranger qu'il convient de répondre à la question de savoir si l'immunité doit ou non être reconnue. En d'autres termes, il convient de juger que, comme il sera indiqué d'une manière plus détaillée au chapitre IV ci-dessous, l'immunité représente une règle de droit procédural affectant le pouvoir de juridiction d'un tribunal et, conformément à un principe général du droit, elle doit être appréciée en vertu du droit en vigueur au moment de la saisine du tribunal.

1.17. Pour ce qui est de la demande reconventionnelle de l'Italie, il est vrai qu'elle vise des faits internationalement illicites imputables d'une manière incontestable à l'Allemagne qui, comme il est affirmé dans le mémoire de l'Allemagne, «appartiennent au passé», puisqu'ils ont été commis au cours des années 1940. Cependant, l'affirmation selon laquelle «le cercle des droits et d'obligations auxquels ils ont donné naissance est fermé»¹⁴ n'est point exacte, pas plus que celle selon laquelle «aucun nouvel élément dommageable n'est venu s'ajouter au préjudice initialement causé»¹⁵. Au contraire, la demande reconventionnelle est précisément fondée sur la constatation du fait que l'Allemagne a manqué et continue de manquer à son obligation de réparation à l'égard d'un très grand nombre de victimes, et ce en dépit de tous les efforts de ces dernières d'obtenir l'exécution de cette obligation (chapitres II et IV ci-dessous). Même si les crimes qui ont fait naître l'obligation de réparation doivent être analysés comme étant des «faits instantanés» (comme le prétend l'Allemagne)¹⁶, il n'en va certainement pas de même de la violation de cette obligation. Le fait internationalement illicite que constitue la violation de l'obligation de réparation ne possède nullement un caractère «instantané». Au contraire, il correspond pleinement à la définition figurant à l'article 14, paragraphe 2, des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, selon laquelle

12

«la violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale».

Autrement dit, la violation par l'Allemagne de son obligation d'offrir une réparation aux victimes de crimes de guerre a commencé à l'époque des faits concernés, mais elle se poursuit toujours actuellement. En conséquence, la violation continue par l'Allemagne des obligations d'offrir une réparation appropriée et effective aux victimes italiennes de crimes de guerre dont elle est tenue en

¹⁴ *Ibid.*, par. 95.

¹⁵ *Ibid.*, par. 94.

¹⁶ *Ibid.*, par. 94.

vertu du droit international ne pourrait être appréciée qu'au regard de l'Etat actuel du droit international.

13

CHAPITRE II LES FAITS

Section I. Les événements de la seconde guerre mondiale qui intéressent les Parties

2.1. L'objet réel de la présente affaire n'est pas seulement l'immunité, comme le prétend l'Allemagne dans son mémoire, mais également et surtout le fait que l'Allemagne n'a toujours pas exécuté ses obligations de réparation à raison des violations massives du droit international humanitaire (ci-après «DIH») commises au cours des dernières années de la seconde guerre mondiale par le III^e Reich à l'encontre de victimes italiennes. Comme ces violations sont intrinsèquement liées aux événements qui se sont produits peu de temps avant la fin de la seconde guerre mondiale et, plus particulièrement, entre le 3 septembre 1943 et le 8 mai 1945, il convient d'évoquer brièvement le contexte historique.

2.2. On sait bien qu'après avoir commencé la guerre en tant qu'alliée du Reich allemand en juin 1940, l'Italie finit par capituler d'une manière inconditionnelle le 3 septembre 1943. Ensuite, le 13 octobre 1943, elle déclara la guerre à l'Allemagne, rejoignant ainsi les puissances alliées dans leur combat contre le régime nazi.

2.3. Ainsi, jusqu'en septembre 1943, l'Italie fasciste et l'Allemagne nazie furent des alliées proches mais, au cours de la guerre — à cause des souffrances causées par la guerre elle-même —, les conditions politiques en Italie évoluèrent et, suite à un changement gouvernemental important (ayant impliqué entre autres l'arrestation de Benito Mussolini), l'Italie se trouva dans une position plutôt difficile qui exposa ses forces armées et sa population civile à une rude épreuve pendant un an et demi, principalement à cause de l'occupation de portions considérables du territoire italien par l'Allemagne.

2.4. Tel fut, dans ses grandes lignes, le contexte historique dans lequel furent commises les violations graves et massives du DIH examinées dans la présente affaire. Certes, les variations dans la position de l'Italie au cours de la dernière période de la guerre ne sauraient nullement justifier ni pardonner les atrocités commises par le III^e Reich à l'encontre de civils et de soldats italiens en Italie et l'étranger, même si elles contribuent certainement à expliquer le contexte dans lequel furent commis les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, tout comme — au moins dans une certaine mesure — la réticence manifestée après la guerre face à l'idée d'offrir une réparation appropriée.

14

A. Emprisonnement et soumission au travail forcé de militaires et de civils italiens

2.5. De nombreuses unités du III^e Reich se trouvaient déjà sur le territoire italien et, suite au changement de camp de la part de l'Italie, des portions considérables du territoire italien se trouvèrent sous le contrôle et sous l'occupation des Allemands. Lors de la déclaration de guerre à l'Allemagne, le Reich avait déjà commencé à considérer l'Italie et toutes les troupes italiennes refusant de faire la guerre aux côtés de l'Allemagne comme des ennemis et, pire encore, comme des traîtres.

2.6. L'Italie avait été l'alliée du Reich allemand mais, après la chute de Mussolini, le nouveau gouvernement italien conclut d'abord un armistice avec les forces alliées et déclara ensuite la guerre à l'Allemagne. En conséquence, les forces armées allemandes désarmèrent et capturèrent des soldats italiens. Les soldats capturés se virent offrir le choix entre la possibilité de rejoindre l'armée allemande et celle de devenir des prisonniers de guerre. Ceux qui choisirent la seconde option furent détenus dans des camps de travail et furent utilisés comme des travailleurs forcés de l'industrie allemande en violation du DIH. A partir du 20 septembre 1943, ces détenus furent appelés «internés militaires italiens» (*Italienische Militärinternierte*) (ci-après «IMI»). Au début de l'été 1944, ces internés cessèrent d'être des prisonniers de guerre (*Kriegsgefangenschaft*) pour devenir des «travailleurs civils» (*Ziviles Arbeitsverhältnis*). Au début, les internés furent invités à signer une déclaration pour consentir au changement de statut. En dépit de la pression exercée par les autorités allemandes, seul un petit nombre d'internés consentirent au changement de leur statut. Alors le gouvernement du Reich allemand cessa de demander ces déclarations et transforma le statut des internés en un statut de civils en l'absence de déclaration officielle. Ces personnes furent par la suite enregistrées comme des travailleurs forcés civils. Néanmoins, les conditions de travail et la détention dans des camps de travail ne changèrent pas. Les internés devaient exécuter des tâches physiques lourdes sans avoir droit à une alimentation appropriée et nombre d'entre eux décédèrent en conséquence. Ici, nous visons clairement toute une série de violations extrêmement graves du DIH et des droits de l'homme constituant des crimes internationaux, comprenant la déportation, la réduction à l'esclavage, des atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, des traitements cruels, des atteintes à la dignité des personnes, des traitements inhumains, humiliants et dégradants, ainsi que le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances. Les conditions de vie imposées à tous ces internés correspondaient à la réduction à l'esclavage ; pour cette raison, ces prisonniers étaient souvent appelés «les esclaves d'Hitler».

15 B. Crimes contre la population civile

2.7. Si plusieurs milliers de soldats italiens capturés en Italie et à l'étranger furent emprisonnés et astreints au travail forcé (selon les calculs faits par un comité représentant certains IMI, leur nombre total avoisinait 700 000), la situation ne fut pas meilleure pour la population civile dans les territoires occupés du Centre et du Nord de l'Italie. Dans ces régions, les civils furent victimes d'atrocités indicibles et, en particulier depuis le début de la lutte de la résistance contre les occupants, plusieurs massacres furent perpétrés dans les villes et les villages (par exemple à Civitella¹⁷, Marzabotto, Sant'Anna di Stazzema, Onna) en représailles contre la population civile. Ces actions comprenaient l'extermination de civils, y compris des femmes, des enfants et des personnes âgées, des actes de torture, des viols et des meurtres intentionnels, la destruction massive de biens, la déportation et de nombreuses autres atrocités indicibles, constituant des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Des crimes de guerre furent commis en masse contre la population civile, et des milliers de civils aptes au service militaire, dont M. Ferrini, M. Mantelli et M. Maietta (dont les affaires sont citées par le demandeur dans son mémoire)¹⁸ furent également transférés dans des camps de détention situés en Allemagne ou sur des territoires contrôlés par cette dernière, où ils furent astreints au travail forcé, une autre forme de représailles contre la population civile italienne. Etant donné que la plupart des procédures pénales sont toujours pendantes et que ces procédures contribuent à l'établissement des faits, il n'est pas facile de donner des chiffres précis au sujet de ces massacres, mais il semble qu'il y ait eu plusieurs milliers de victimes. Des recherches menées par des historiens suggèrent qu'entre le mois de septembre 1943 et le mois de mai 1945, 10 000 civils innocents au moins auraient été exterminés au cours de près de 400 massacres perpétrés par les troupes du III^e Reich occupant l'Italie.

¹⁷ MA, par. 29-32.

¹⁸ MA, par. 23 à 28.

2.8. Il existe donc au moins trois catégories de victimes de violations graves du DIH ayant droit à réparation, dont quasiment aucune n'a été indemnisée jusqu'à présent :

- i) les soldats emprisonnés qui s'étaient vu refuser le statut de prisonniers de guerre et furent soumis au travail forcé ;
- ii) les civils qui furent détenus et transférés dans des camps de détention où ils furent soumis au travail forcé ; et
- iii) les populations civiles qui furent massacrées dans le cadre d'une stratégie de terreur et de représailles contre les actions des combattants pour la libération.

16 Section II. L'exclusion des victimes italiennes de la réparation en raison d'une interprétation erronée des clauses de renonciation de 1947 et 1961

2.9. Comme on le sait, après la guerre, le traité de paix signé en 1947 entre l'Italie et les alliés semblait à première vue exclure complètement la question des réparations. Néanmoins, comme il sera démontré d'une manière plus détaillée au chapitre V, les dispositions du paragraphe 2 de l'article 77 du traité de paix n'avaient pas pour objectif d'exonérer l'Allemagne de ses responsabilités en vertu du droit international humanitaire, mais simplement de permettre aux puissances alliées contrôlant l'Allemagne d'utiliser toutes les ressources allemandes à leurs fins sans avoir à les affecter au paiement de réparations à l'ancienne alliée de l'Allemagne. L'intention sous-jacente n'avait pas été d'exclure l'indemnisation, mais simplement de s'assurer que toute question liée à la réparation des dommages causés par des violations graves du DIH commis par l'Allemagne à l'encontre de ressortissants italiens serait abordée par les parties à un stade ultérieur, dans un contexte différent. Les puissances qui administraient l'Allemagne ne souhaitaient pas s'occuper de ce problème. Les dispositions du paragraphe 4 de l'article 77 avaient différé l'examen de la question des réparations pour un stade ultérieur afin de permettre, au moins pendant un certain temps, l'utilisation exclusive de toutes les ressources allemandes par les alliés.

2.10. Comme un auteur l'a écrit :

«les clauses de renonciation [dans les traités de paix de 1947] [constituaient] des dispositions provisoires. Elles furent mises en vigueur en 1946-1947 afin d'éviter que le problème des dettes extérieures allemandes n'eût à être réglé lors de la conclusion des traités de paix. Entre-temps, ce problème fut en grande partie résolu par l'accord de Londres. Les questions résiduelles liées aux dettes allemandes devront être réglées dans l'avenir.»¹⁹

Telle est l'interprétation correcte et plus logique de l'article 77 du traité de paix de 1947, ce qui est confirmé par l'ensemble des événements ultérieurs.

17 2.11. Selon l'idée qui avait nettement pris corps après l'immédiat après-guerre, au début des années 50, l'ensemble des questions liées aux réparations devaient être traitées à l'issue d'un règlement plus complet de la situation de l'Allemagne, voire probablement après la réunification. Cela est confirmé par l'accord de Londres sur les dettes allemandes, qui avait expressément différé l'indemnisation des violations graves du DIH. En vertu de l'accord de Londres sur les dettes

¹⁹ W. Wilmanns, «Die Forderungen der Verbündeten des Deutschen Reiches gegen deutsche Schuldner nach dem Londoner Schuldenabkommen», 10 *Der Betriebs-Berater* (1955), p. 820 et suiv., à la p. 821 (notre traduction). Voir également G. Henn, «Forderungen der «Eingegliederten» und «Verbündeten» gegen deutsche Schuldner nach dem Londoner Schuldenabkommen», 10 *Der Betriebs-Berater* (1955), p. 1115 et suiv., à la p. 1117.

extérieures allemandes (ci-après «accord de Londres sur les dettes») du 27 février 1953, le règlement des créances d'indemnisation est différé jusqu'au règlement définitif des réparations.

2.12. Après sa création le 23 mai 1949, la République fédérale d'Allemagne ne mit pas en place de régimes d'indemnisation spécifiques pour les travailleurs forcés. Elle offrit entre autres une indemnisation à raison de la détention dans un camp de concentration et à raison des préjudices causés à la santé des détenus. Cependant, le travail forcé n'était pas visé en tant que tel par la législation existante.

2.13. La République fédérale d'Allemagne indemnisa certaines victimes du régime nazi, mais les mesures en cause étaient limitées aux personnes demeurant en Israël, en Allemagne et dans d'autres pays d'Europe occidentale. Cette indemnisation intervint notamment en vertu des dispositions de la Loi fédérale sur l'indemnisation des victimes de la persécution nazie (*Bundesentschädigungsgesetz*, ci-après «Loi fédérale d'indemnisation»), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1953²⁰.

2.14. En conséquence, aucun texte législatif allemand n'envisageait expressément les créances d'indemnisation des personnes appartenant aux trois groupes de victimes italiennes. Même si les victimes italiennes pouvaient en principe se prévaloir de la législation générale de l'Allemagne de l'Ouest en matière de réparation des préjudices causés par les nationaux-socialistes, elles ne réussirent généralement pas à obtenir une indemnisation car elles se trouvaient exclues pour plusieurs raisons du champ d'application de ces lois.

2.15. Parmi les mesures prises au titre des questions de l'indemnisation des victimes de violations du DIH, les deux accords de 1961 entre l'Italie et l'Allemagne présentent certes un intérêt direct. D'après l'Italie, ces accords constituent en premier lieu une confirmation du fait que l'Allemagne reconnaît être tenue de l'obligation d'offrir une indemnisation aux victimes italiennes de violations graves du DIH. Néanmoins, l'Italie estime qu'il ressort de leurs dispositions mêmes que ces accords n'ont pas épuisé les mesures d'indemnisation possibles, mais ont simplement représenté une première étape d'un processus plus large visant à offrir une réparation appropriée à toutes les victimes italiennes de violations graves du DIH.

18

2.16. Les deux accords ont un champ d'application différent et n'envisagent pas expressément la question des victimes de violations graves du DIH. Le premier accord concerne les questions économiques pendantes et ne mentionne pas les droits des victimes de violations graves du DIH. Quant au deuxième accord, même s'il vise d'une manière plus concrète les victimes des violences nazies, il se limite aux victimes de la persécution de la part du système nazi. En vertu des deux accords, la République fédérale d'Allemagne s'engageait à verser à l'Etat italien un montant forfaitaire de 40 millions de DM au titre de chacun des textes, et c'était au Gouvernement italien d'indemniser ensuite les demandeurs individuels. Néanmoins, les deux accords ont manifestement un champ d'application limité. Ils ne visent pas toutes les violations graves du DIH, mais seulement les victimes de la persécution de la part du régime nazi et d'autres personnes physiques ou morales ayant des créances pendantes de nature patrimoniale contre l'Allemagne ou des ressortissants allemands.

2.17. En outre, l'accord concernant les victimes de persécution contient également en son article 3 une clause selon laquelle les dispositions de l'accord s'entendent sans préjudice de toute

²⁰ Voir *infra*, section III du présent chapitre.

prétention éventuelle de la part de ressortissants italiens en vertu de la législation allemande sur les indemnités («*senza pregiudizio delle eventuali pretese di cittadini italiani in base alla legislazione tedesca sui risarcimenti*»).

2.18. En somme, ces accords constituent une reconnaissance explicite de l'existence d'une obligation de réparation à l'égard des victimes italiennes, qui n'avait pas fait l'objet d'une renonciation en 1947. Ils précisent également que certaines questions avaient fait l'objet d'un règlement définitif (c'est-à-dire les questions économiques pendantes et l'indemnisation des personnes persécutées par le système nazi). On ne saurait pourtant pas en déduire que ces deux accords relativement limités mettraient fin d'une manière définitive à l'ensemble de la question des réparations. Un très grand nombre de victimes n'étaient pas visées et n'ont jamais été dûment indemnisées.

2.19. Comme il sera indiqué ci-dessous, plusieurs de ces victimes italiennes ont également essayé d'obtenir justice auprès de juridictions et d'institutions administratives allemandes en vertu de la législation allemande applicable. Néanmoins, pour plusieurs raisons (qui, à vrai dire, laissent assez perplexe), l'indemnisation leur avait été refusée. En conséquence, au bout de plusieurs décennies de promesses non remplies et de déceptions successives, elles ont introduit des actions en réparation devant les juridictions italiennes, inaugurant ainsi la tendance qui a donné lieu à la présente procédure.

19 Section III. Les mécanismes d'indemnisation mise en place par l'Allemagne et l'absence persistante d'une indemnisation effective pour un très grand nombre de victimes italiennes

2.20. Au cours de ces dernières décennies, l'Allemagne a adopté et mis en œuvre de nombreuses mesures pour faire face aux créances d'indemnisation des victimes des atrocités de la guerre. En dépit de l'absence d'une législation spéciale allemande traitant des créances d'indemnisation des ressortissants italiens appartenant aux groupes susmentionnés, à savoir les travailleurs forcés et les victimes de massacres, les victimes italiennes pouvaient en principe se prévaloir de certains mécanismes d'indemnisation généraux prévues par le droit allemand. Il convient de citer en particulier des deux textes législatifs allemands les plus importants concernant l'indemnisation des préjudices causés par les nationaux-socialistes, à savoir la loi fédérale d'indemnisation de 1953 et la loi d'indemnisation du 2 août 2000.

2.21. Comme il sera indiqué dans la présente section, aucune de ces deux lois ne pouvait constituer une voie de droit effective permettant aux victimes italiennes d'obtenir réparation. D'une part, les ressortissants étrangers étaient généralement exclus de l'indemnisation en vertu des règles de la loi fédérale d'indemnisation de 1953. D'autre part, même si plus de 130 000 travailleurs forcés italiens présentèrent des demandes d'indemnisation au titre de la loi du 2 août 2000, la grande majorité de ces demandes (plus de 127 000) furent rejetées à cause des critères indûment restrictifs prévus par ce texte pour bénéficier de l'indemnisation. Les procédures engagées par des victimes italiennes auprès des juridictions allemandes furent également infructueuses.

A. La loi fédérale d'indemnisation de 1953

2.22. Le *Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung* (Loi fédérale concernant l'indemnisation des victimes de la persécution national-socialiste), ou *Bundesentschädigungsgesetz* (Loi fédérale d'indemnisation, désignée en droit allemand par

l'abréviation «BEG») fut adopté en 1953 et fut modifié à plusieurs reprises par la suite. En 1965, le BEG fut complété par le *BEG Schlussgesetz* (Loi BEG finale, désignée par l'abréviation «BEGSchlG»). Ces deux lois sont toujours en vigueur²¹.

20

2.23. Au cours des premières années ayant suivi l'adoption du *Bundesentschädigungsgesetz*, il y eut des controverses sur le point de savoir si la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix avec l'Italie visait les demandes présentées par des victimes italiennes en vertu de cette loi. La question fut tranchée en faveur des demandeurs italiens par le traité concernant l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution national-socialistes, conclu en 1961 entre l'Italie et l'Allemagne. Dans le cadre de l'échange de lettres accompagnant le traité²², le secrétaire d'Etat du ministère allemand des affaires étrangères informait le Gouvernement italien que le Gouvernement allemand veillerait à ce que les demandes présentées par des ressortissants italiens en vertu du *Bundesentschädigungsgesetz* fussent examinées sans qu'il fût soulevé d'objections en vertu du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix avec l'Italie de 1947.

2.24. Néanmoins, les demandes de ressortissants italiens appartenant à l'un des trois groupes mentionnés ci-dessus au paragraphe 2.8 se heurtèrent à deux principaux obstacles. *Premièrement*, seules les personnes *spécialement* affectées par des mesures de persécution national-socialistes peuvent bénéficier du *Bundesentschädigungsgesetz*. Le paragraphe 1 de l'article premier de la loi définit la «victime de la persécution national-socialiste» comme une personne persécutée en raison du fait qu'elle était un ennemi politique des nationaux-socialistes, ou à cause de sa race, de sa religion ou de son idéologie (*Weltanschauung*), et qui a subi certains préjudices à la suite de cette persécution²³. Les paragraphes 2 et 3 du même article énoncent des prescriptions supplémentaires. D'une manière générale, les civils ou soldats italiens ayant été déportés en Allemagne pour être soumis au travail forcé ne remplissaient pas les conditions définies aux paragraphes 1 à 3. Ils avaient été persécutés à cause de leur nationalité, et non pas en raison de leurs convictions politiques, de leur race ou de leur religion. Il en va généralement de même pour les victimes civiles des massacres perpétrés par les forces allemandes en représailles des attaques des résistants. *Deuxièmement*, le *Bundesentschädigungsgesetz* ne visait que les personnes persécutées ayant leur domicile ou leur résidence permanente dans la République fédérale d'Allemagne au 31 décembre 1952 (article 4, paragraphe 1 a)), ainsi que certains autres groupes de personnes persécutées ayant un rattachement territorial particulier avec l'Allemagne. En conséquence, les personnes demeurant en dehors de l'Allemagne étaient généralement exclues de la possibilité de demander une indemnisation en vertu de cette loi.

21

2.25. La «Loi BEG finale» de 1965 institua une catégorie supplémentaire de personnes pouvant bénéficier du *Bundesentschädigungsgesetz*, à savoir les «Nationalgeschädigten». Ces derniers étaient définis comme des «personnes ayant subi des préjudices à l'époque de la dictature national socialiste, au mépris des droits de l'homme, en raison de leur nationalité (*aus Gründen ihrer Nationalität*)» (article VI de la Loi BEG finale)²⁴. Dans le cas de ces personnes (à la différence des persécutés définis à l'article premier du BEG), leur appartenance à un Etat étranger ou à un groupe ethnique non allemand constituait la raison principale des faits dommageables. Même si, de prime abord, les civils italiens qui avaient été soumis au travail forcé en Allemagne relèvent de cette catégorie (les prisonniers de guerre n'étaient généralement pas considérés comme ayant subi un préjudice «en raison de leur nationalité»), ils se trouvaient exclus en vertu d'un autre

²¹ Pour les versions actuelles de ces lois (extraits), voir annexes 5 et 6.

²² Annexe 4.

²³ Annexe 5.

²⁴ Annexe 6.

critère prévu par la loi, selon lequel les personnes concernées devaient également avoir été, au 1^{er} octobre 1953, des réfugiés tels que définis par la convention de Genève de 1951.

2.26. A cause du libellé restrictif du *Bundesentschädigungsgesetz* et de la Loi BEG finale, les actions en justice introduites par des victimes de nationalité étrangère en vertu de ces lois furent généralement rejetées par les juridictions allemandes. Qui plus est, dans l'affaire *Distomo*, la Cour suprême fédérale (*Bundesgerichtshof*) jugea en 2003 que les demandeurs grecs ne pouvaient fonder leurs demandes sur le *Bundesentschädigungsgesetz*, car l'exécution des plus de 300 habitants du village de Distomo qui avaient été fusillés ne constituait pas une mesure de persécution national-socialiste au sens de la loi²⁵. Cette opinion fut partagée par la Cour suprême fédérale en 2006²⁶. Ainsi, comme il ressort clairement de l'affaire *Distomo*, le *Bundesentschädigungsgesetz* n'offre pas aux victimes civiles italiennes des massacres perpétrés par les forces allemandes une possibilité raisonnable d'obtenir une réparation effective.

B. La loi d'indemnisation du 2 août 2000

2.27. En 1999 et en 2000, le Gouvernement allemand mena des négociations diplomatiques avec plusieurs pays ayant participé à la seconde guerre mondiale au sujet de l'indemnisation pécuniaire des personnes qui avaient été soumises au travail forcé au service d'entreprises allemandes et du secteur public allemand au cours de la guerre. Ce qui est très important à la lumière du différend opposant actuellement l'Italie et l'Allemagne, c'est que ces négociations furent déclenchées par les actions en justice introduites par d'anciens travailleurs forcés contre des entreprises allemandes devant les juridictions des Etats-Unis. Dans ce contexte, l'Allemagne et les Etats-Unis conclurent un traité prévoyant la mise en place d'un mécanisme pour le traitement des créances d'indemnisation d'anciens travailleurs forcés.

2.28. Suite à la conclusion de l'accord-cadre entre les Etats-Unis et l'Allemagne le 17 juillet 2000²⁷, une loi fédérale allemande fut adoptée le 12 août 2000, instituant la Fondation «Souvenir, responsabilité et l'avenir» (*Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft"*)²⁸. Cette fondation avait pour objectif de mettre des ressources à la disposition de personnes qui avaient été soumises au travail forcé «et à d'autres injustices au cours de la période national-socialiste» (article 2, paragraphe 1, de la loi). La Fondation n'effectuait pas de versements directement entre les mains des personnes définies par la loi, mais en faveur d'«organisations partenaires» qui recevaient des sommes globales déterminées (article 9 de la loi). L'un de ces organismes était l'Organisation internationale des migrations (OIM) à Genève. Conformément à l'article 11 de la loi, les personnes ayant été détenues dans un camp de concentration ou dans une autre prison ou camp, ou dans un ghetto dans des conditions comparables, et ayant été astreintes au travail forcé (article 11, paragraphe 1, alinéa 1) avaient droit à indemnisation, tout comme les personnes ayant été déportées depuis leur pays d'origine vers le territoire du Reich allemand selon les frontières de 1937, ou vers un territoire occupé par l'Allemagne, et ayant été astreintes au travail forcé dans une entreprise commerciale ou au service d'autorités publiques sur place, ou placées dans des conditions assimilables à la détention ou dans des conditions de vie extrêmement difficiles de nature similaire (article 11, paragraphe 1, alinéa 2). Le paragraphe 3 de l'article 11 de la loi prévoit expressément que le statut de prisonnier de guerre

²⁵ Arrêt du 26 juin 2003 (affaire n° III ZR 245/98), 155 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ), p. 279 (= *Neue Juristische Wochenschrift* (2003), p. 3488-3489 et suiv.) (annexe 11).

²⁶ Décision de la Première chambre du Deuxième Sénat du 15 février 2006 (affaire n° 2 BvR 1476/03), *Neue Juristische Wochenschrift* (2006), p. 2542-2544.

²⁷ *Bundesgesetzblatt* 2000 II, 1372.

²⁸ Annexe 7.

ne donne pas droit à des versements ou à des avantages au titre de la loi. Néanmoins, dans le commentaire officiel du projet de loi, le gouvernement fédéral reconnaît que les personnes ayant cessé d'être des prisonniers de guerre, qui avaient été transformées en «travailleurs civils», peuvent bénéficier de la loi si les autres critères sont remplis²⁹.

23

2.29. Des milliers d'«internés militaires italiens» présentèrent des demandes d'indemnisation en vertu de la loi du 12 août 2000. Ils pouvaient raisonnablement s'attendre à être considérés comme ayant droit à indemnisation en vertu de cette loi. En particulier, la clause d'exclusion prévue au paragraphe 3 de l'article 11 ne semblait pas s'appliquer aux IMI. Comme il a déjà été expliqué, le gouvernement du Reich allemand avait de fait privé les internés italiens de ce statut et des droits de prisonniers de guerre et avait transformé la situation de ces internés en un statut de civils. Par conséquent, la décision du Gouvernement allemand d'exclure les IMI du bénéfice de la loi sur la Fondation provoqua un effet de surprise. Cette décision était basée sur un avis d'expert demandé en 2001 par le ministère fédéral allemand des finances³⁰. D'après cet avis, en vertu des règles du droit international, le Reich allemand ne pouvait modifier de manière unilatérale le statut des prisonniers de guerre italiens. En partant de ce postulat, l'avis concluait que les IMI n'avaient jamais perdu leur statut de prisonniers de guerre et qu'ils étaient donc également des prisonniers de guerre aux fins de la loi instituant la Fondation. Sur la base de cet avis, le ministère fédéral des finances adressa à la Fondation des instructions selon lesquelles les anciens internés militaires italiens étaient exclus du bénéfice de la loi sur la Fondation. En conséquence, sur les 130 000 demandes d'indemnisation présentées par des IMI, plus de 120 000 furent rejetées par la Fondation.

2.30. Lorsqu'elles furent informées du fait que les IMI n'étaient pas considérés comme ayant droit à indemnisation au titre de la loi sur la Fondation, les autorités italiennes firent part à l'Allemagne de leur profond regret suite à cette décision qu'elles considéraient comme injuste et non étayée par les faits. Les autorités italiennes exprimèrent également l'opinion selon laquelle la décision du Gouvernement allemand serait perçue par les anciens travailleurs forcés italiens comme une nouvelle injustice venant s'ajouter à celles subies pendant la guerre, lorsque le Reich allemand avait privé les IMI de leur statut de prisonniers de guerre et les avait astreints, aux côtés d'autres travailleurs italiens civils, au travail forcé dans des conditions d'une dureté intolérable. Le mécontentement et la déception profonds des IMI étaient compréhensibles. Au bout de près de soixante ans, le Gouvernement allemand reconnaissait que les IMI avaient droit au statut de prisonniers de guerre. Cependant, il utilisait cette reconnaissance tardive des droits qui appartenaient aux IMI (mais leur avait été refusés de fait) comme un argument pour rejeter leurs demandes légitimes tendant à la réparation des préjudices subis.

24

2.31. Alors les IMI s'adressèrent aux juridictions allemandes pour obtenir justice. D'abord, de nombreux IMI saisirent le *Verwaltungsgericht* (tribunal administratif) de Berlin. Ils prièrent le tribunal d'enjoindre à la Fondation de reconnaître le fait qu'en tant qu'anciens internés militaires italiens, ils avaient droit à indemnisation en vertu de l'article 11 de la loi sur la Fondation. En 2003, le *Verwaltungsgericht* de Berlin³¹ et l'*Oberverwaltungsgericht* (Cour administrative supérieure) de Berlin³² rejetèrent ces demandes. En particulier, dans un arrêt du

²⁹ Voir «Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung «Erinnerung, Verantwortung und Zukunft»», 13 avril 2000, *Drucksache des Deutschen Bundestages* 14/3206, p. 16 (également reproduit dans la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 28 juin 2004, par. 5 (annexe 9)).

³⁰ «Leistungsberechtigung der Italienischen Militärinternierten nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung, Erinnerung, Verantwortung und Zukunft», *Rechtgutachten erstattet von Professor Dr. Christian Tomuschat*, 31 juillet 2001 (annexe 8).

³¹ Jugements du 28 février 2003, affaires n^{os} VG 9 A 435.02 et VG 9 A 336.02.

³² Arrêt du 18 juin 2003, affaire n^o 6 S 35.03.

4 novembre 2003³³, l'*Oberverwaltungsgericht* de Berlin confirma sa jurisprudence antérieure concernant les IMI en jugeant que les soldats de l'armée italienne qui avait été transférés en Allemagne en 1943 après la conclusion de l'armistice mais avant que l'Italie n'eût déclaré la guerre à l'Allemagne, pour y effectuer du travail forcé, avaient le statut juridique international de prisonniers de guerre. De même, d'après la Cour, les soldats n'avaient pas perdu le bénéfice de ce statut lorsqu'en août et septembre 1944, le gouvernement national-socialiste allemand décida de traiter les soldats comme des «travailleurs civils» (*Zivilarbeiter*), car l'Allemagne n'avait pas le droit de modifier de manière unilatérale le statut juridique des prisonniers de guerre tel que défini par le droit international. La Cour suivit donc l'avis juridique rédigé à l'intention du ministère fédéral des finances. Cette argumentation eut pour résultat de confirmer que les anciens IMI n'avaient pas droit à indemnisation en vertu de la loi instituant la Fondation.

2.32. Le 28 juin 2004, une chambre de la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) décida de ne pas examiner les recours constitutionnels introduits devant la Cour par une association d'anciens militaires italiens détenus et, à titre individuel, par 942 anciens détenus³⁴. La chambre jugea que le paragraphe 3 de l'article 11 de la loi sur la Fondation, qui exclut les prisonniers de guerre du bénéfice de la loi, ne violait pas le droit à l'égalité devant la loi garanti par la Constitution allemande (article 3, paragraphe 1, de la Loi fondamentale). La chambre fit valoir le fait qu'un Etat pouvait utiliser le travail de prisonniers de guerre. En outre, se référant à la convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, la chambre déclara que le droit international public n'instituait pas de droit individuel à indemnisation pour cause de travail forcé. Elle jugea en particulier que l'article 3 de la convention de La Haye de 1907 ne faisait qu'établir la responsabilité internationale de l'Allemagne à l'égard d'un autre Etat partie à la convention, mais ne créait pas de droits au profit des victimes prises individuellement.

25

2.33. Suite à la tentative infructueuse d'obtenir justice auprès des juridictions allemandes, une requête fut même déposée le 20 décembre 2004 devant la Cour européenne des droits de l'homme par l'*Associazione nazionale reduci dalla prigionia dall'internamento e dalla guerra di liberazione (A.N.R.P.)* et 275 autres ressortissants italiens. Les requérants se fondaient sur les paragraphes 4 et 5 de l'article 5, le paragraphe 1 de l'article 6 et l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme et sur l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la convention, pour attaquer les décisions rendues sur leurs demandes d'indemnisation par l'Organisation internationale des migrations (OMI), la Cour constitutionnelle allemande et deux juridictions administratives allemandes. Le 4 septembre 2007, la Cour européenne des droits de l'homme déclara la requête irrecevable³⁵.

2.34. Le refus opposé par les autorités et les juridictions allemandes aux prétentions légitimes des IMI à l'indemnisation joue un rôle important dans le contexte du présent différend entre l'Italie et l'Allemagne. Ce n'est que postérieurement à ce refus d'une indemnisation effective et à cause de celui-ci que les IMI décidèrent de s'adresser aux juges italiens afin d'obtenir en dernier ressort la protection de leurs droits. C'est le refus d'une réparation effective opposé par les autorités allemandes, et non pas la décision des juridictions italiennes au sujet de l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne, qui devrait être considéré comme la cause réelle du présent différend.

³³ Affaire n° 6 M 20.03, disponible dans la base de données JURIS.

³⁴ Affaire n° 2 BvR 1379/01 (annexe 9). Pour une analyse critique de la décision, voir B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000», 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), p. 243-252.

³⁵ Requête n° 45563/04 (annexe 10).

**Section IV. La recherche d'une voie de recours effective à la lumière d'un déni de justice :
l'accès à la justice devant les juridictions italiennes et la dérogation
au principe de l'immunité**

2.35. Le 11 mars 2004, la *Corte di Cassazione* italienne jugea que l'Italie était compétente pour connaître d'une action civile en réparation introduite contre l'Allemagne par M. Luigi Ferrini, un ressortissant italien qui fut arrêté près de la ville italienne d'Arezzo en août 1944 par des soldats de l'armée allemande et fut déporté en Allemagne pour y être soumis au travail forcé³⁶. La *Corte di Cassazione* fonda sa décision sur la considération selon laquelle l'application de la règle de l'immunité de juridiction des Etats en matière civile pourrait dans certains cas donner lieu à un conflit avec des règles fondamentales du système juridique international, et que ce conflit devait être tranché en faveur de ces dernières. Elle constata en particulier que l'Allemagne n'avait pas droit à l'immunité de juridiction à l'égard de l'action civile introduite par M. Ferrini, puisque cette action prenait naissance dans le fait que l'Allemagne avait commis des crimes internationaux.

26

2.36. Dans des décisions ultérieures rendues en 2008, la *Corte di Cassazione* confirma le principe posé par l'arrêt *Ferrini* de 2004. En particulier, le 29 mai 2008, la *Corte di Cassazione* rendit douze arrêts identiques dans des affaires portant sur des actions en réparation introduites par des victimes italiennes ayant subi la déportation et le travail forcé³⁷. Les faits qui sont à l'origine de ces affaires sont similaires à ceux de l'affaire *Ferrini*. Les demandeurs étaient soit des membres des forces armées italiennes, soit des civils ayant été emprisonnés ou arrêtés par les forces armées allemandes, déportés en Allemagne et astreints au travail forcé dans des conditions d'une dureté intolérable.

2.37. Le 21 octobre 2008, la *Corte di Cassazione* confirma la décision de la Cour militaire d'appel de Rome par laquelle cette dernière refusait à l'Allemagne l'immunité de juridiction dans des actions en réparation introduites par des ayants cause des victimes de massacres commis par les forces armées allemandes le 29 juin 1944 à Civitella³⁸. Les demandeurs participaient en qualité de parties civiles au procès pénal engagé contre Max Josef Milde en raison de son rôle au cours du massacre de Civitella. Dans la même affaire, le tribunal militaire de La Spezia avait condamné solidairement M. Milde et l'Allemagne à verser une provision immédiatement exécutoire en réparation des préjudices causés par le massacre³⁹.

2.38. Un grand nombre de procédures ayant pour objet des actions en réparation contre l'Allemagne sont actuellement pendantes devant les juridictions italiennes. Elles ont été engagées soit des personnes qui avaient été déportées en Allemagne après septembre 1944 et avaient été astreintes au travail forcé, soit par des victimes des massacres perpétrés à l'encontre de civils par les forces armées allemandes qui avaient occupé l'Italie au cours des deux dernières années de la seconde guerre mondiale.

2.39. En plus des affaires susmentionnés, la *Corte di Cassazione* écarta, par ordonnance du 29 mai 2008, l'immunité de l'Allemagne en ce qui concerne l'exécution sur des biens allemands situés en l'Italie de la décision grecque condamnant l'Allemagne au paiement des frais encourus par les autorités grecques au cours des procédures ayant abouti à l'arrêt *Distomo*⁴⁰. La conclusion

³⁶ Dont le texte figure à l'annexe 1 du mémoire de l'Allemagne.

³⁷ Pour le texte des ordonnances rendues dans les affaires *Mantelli* et *Liberato*, voir MA, annexe 13.

³⁸ Le texte de l'arrêt de la *Corte di Cassazione* figure à l'annexe 16 du mémoire de l'Allemagne.

³⁹ MA, annexe 14.

⁴⁰ MA, annexe 20.

de la *Corte di Cassazione* est fondée sur le même principe que celui qui est à la base de son arrêt dans l'affaire *Ferrini*. La décision accordant l'exécution de l'arrêt *Distomo* fait actuellement l'objet d'un recours devant la *Corte di Cassazione*.

27

2.40. Dans son mémoire, l'Allemagne consacre d'amples développements au raisonnement suivi par la *Corte di Cassazione* dans son arrêt *Ferrini* et dans les autres décisions abordant la question de l'immunité de l'Allemagne. L'Italie ne souhaiterait pas en faire de même ici, puisqu'une analyse détaillée du raisonnement suivi par les juges italiens ne serait pas d'une grande utilité dans le cadre du présent différend. Dans les chapitres suivants et, en particulier, au chapitre VI, l'Italie exposera la position des juges italiens quant aux questions soulevées par les actions en réparation contre l'Allemagne et établira qu'en refusant l'immunité, les juges italiens n'ont commis aucun fait internationalement illicite de nature à engager la responsabilité internationale de l'Italie.

2.41. Ce qu'il importe ici de souligner, c'est que l'examen du contexte factuel de la saisine des juges italiens d'actions en réparation fait ressortir que la décision des victimes italiennes de s'adresser à leurs juges nationaux avait été dictée principalement par l'attitude dont avaient auparavant fait preuve les autorités allemandes à l'égard de ces actions. Pour les victimes, la saisine des juridictions italiennes représentait le seul moyen, la solution de dernier recours pour obtenir la réparation des préjudices subis.

2.42. Dans son mémoire, l'Allemagne semble plaider en faveur d'une interprétation différente des faits pertinents. A la lecture du mémoire de l'Allemagne, on a l'impression que le nombre croissant des actions en réparation introduites contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes ne serait que la conséquence de l'arrêt incongru et entaché d'erreur rendu par la *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Ferrini*. Plusieurs affirmations, ainsi que des omissions importantes dans le mémoire de l'Allemagne, contribuent à créer cette impression. Ainsi, par exemple, en exposant les faits de l'affaire *Mantelli*, l'Allemagne présente les motifs qui avaient amené M. Mantelli à saisir le *Tribunale di Torino* de ses demandes de la manière suivante :

28

«M. Mantelli, né le 3 octobre 1921 à Turin, fut arrêté par les forces allemandes en juin 1944 et fut transporté en Allemagne où il fut contraint à travailler dans l'usine de Mercedes-Benz à Gaggenau (Bade). Il fut libéré après la capitulation des forces armées allemandes en mai 1945. Ayant été informés de l'issue de l'affaire Ferrini, lui-même et les autres demandeurs engagèrent le 13 avril 2004 une procédure contre l'Allemagne devant le *Tribunale di Torino*.»⁴¹

La lecture de ce passage (et d'autres passages similaires du mémoire de l'Allemagne)⁴² donne à penser que les victimes italiennes avaient depuis longtemps renoncé à toute demande d'indemnisation contre l'Allemagne et que l'arrêt *Ferrini* avait subitement provoqué la réouverture d'une question déjà réglée.

2.43. Comme il est indiqué dans la section III du présent chapitre, cette image est loin de correspondre à la réalité. Dans son mémoire, l'Allemagne omet totalement de mentionner que depuis 2000, des milliers d'IMI et de civils italiens ayant été soumis au travail forcé avaient présenté des demandes d'indemnisation en vertu de la loi instituant la Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir» et que la quasi-totalité de ces demandes furent rejetées. En 2003, les juridictions administratives allemandes rejetèrent les recours formés par un certain nombre d'IMI.

⁴¹ MA, par. 24 (c'est nous qui soulignons).

⁴² MA, p. 1, 6 (par. 3) et 16 (par. 23).

A la seule exception de l'affaire *Ferrini*⁴³, toutes les actions devant les juridictions italiennes ont été introduites après 2004⁴⁴. A cette époque, il était déjà évident que les travailleurs forcés italiens n'avaient pas la possibilité d'obtenir une indemnisation de la part des autorités allemandes. Si l'on examine les procédures engagées devant les juges italiens dans le contexte de ces faits, on peut facilement constater l'existence d'un lien évident entre le déni de justice de la part de l'Allemagne et la saisine des juridictions nationales de la part des victimes italiennes. L'existence d'un tel lien est également confirmée par le fait que dans plusieurs cas, des procédures avaient également été engagées contre la Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir» et contre l'Organisation internationale des migrations (OIM)⁴⁵. Il est révélateur que M. Mantelli ait également engagé des procédures contre la Fondation et l'OIM.

29

2.44. Ce qui a été dit jusqu'ici au sujet des actions engagées par des personnes ayant été soumises au travail forcé vaut également pour les procédures engagées il y a peu de temps contre l'Allemagne par des victimes des massacres perpétrés par les forces armées du Reich allemand. A cet égard, le fait que ces procédures n'aient été engagées qu'il y a peu de temps devant les juges italiens n'est pas la conséquence de l'arrêt *Ferrini*. Il reflète plutôt une prise de conscience croissante à l'échelle internationale, de la part des autorités judiciaires et de l'opinion publique, de la nécessité de mener des investigations sur les événements atroces passés et présents, afin de déterminer les responsabilités et de punir les auteurs à raison de leurs crimes⁴⁶. Dans le cadre de cette tendance observée à l'échelle internationale, les autorités judiciaires italiennes ont engagé il y a peu de temps des poursuites pénales contre les personnes impliquées dans des massacres tels que ceux perpétrés à Civitella, Marzabotto et Sant'Anna di Stazzema. Comme il ressort de l'affaire *Milde* précitée, ces procédures pénales soulèvent également de manière inévitable des questions de l'indemnisation due aux victimes ou aux ayants cause de ces dernières. Etant donné que les demandeurs ne sauraient raisonnablement s'attendre à obtenir une indemnisation effective de la part des autorités et juridictions allemandes, le recours aux juges italiens représente la seule voie de droit disponible à cette fin.

Section V. Conclusion

2.45. Il ressort de l'analyse des faits pertinents effectuée dans le présent chapitre que le différend soumis à la Cour et portant sur la question de l'immunité est indissociablement lié à la question de la réparation. Les travailleurs forcés italiens et les victimes italiennes des massacres perpétrés par le Reich allemand après 1943 n'ont jamais obtenu une indemnisation effective pour les préjudices graves qu'ils ont subis. D'une part, les accords conclus en 1961 entre l'Italie et l'Allemagne ne s'appliquent pas à ces victimes ; d'autre part, les mécanismes d'indemnisation mis

⁴³ Il convient néanmoins de noter que si M. Ferrini avait déjà formé une action devant le *Tribunale di Arezzo* en 1998, il essaya également d'obtenir une indemnisation auprès des autorités allemandes. Il avait l'intention de présenter une demande d'indemnisation en vertu de la loi instituant la Fondation, mais décida de ne pas suivre cette voie «en raison du fait qu'il n'avait pas été détenu dans un «autre lieu de détention» au sens du premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 11 de la loi sur la Fondation et qu'en outre il n'était pas en mesure de démontrer qu'il remplissait les conditions définies dans les lignes directrices de la Fondation» (voir l'exposé des faits dans *Associazione nazionale reduci dalla prigionia dall'internamento e dalla guerra di liberazione (A.N.R.P.) et 275 autres c. Allemagne*, p. 5 (annexe 10). En 2001, M. Ferrini, conjointement avec d'autres demandeurs, forma également un recours constitutionnel concernant les paragraphes 1 de l'article 10, le paragraphe 3 de l'article 11 et les paragraphes 1 et 2 de l'article 16 de la loi sur la Fondation devant la Cour constitutionnelle fédérale. Ce recours fut par la suite rejeté par cette dernière (annexe 9).

⁴⁴ Voir la liste de toutes les procédures judiciaires pendantes contre l'Allemagne, dans MA, annexe 8.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Des poursuites pénales contre d'anciens membres des forces armées du Reich allemand ont également été engagées il y a peu de temps en Allemagne. Ainsi, par exemple, le 10 août 2009, un tribunal régional de Munich a reconnu un ancien commandant d'infanterie allemand coupable du meurtre de 14 civils perpétré à Falzano di Cortona, en Toscane, le 26 juin 1944 (voir «Nazi Criminal Jailed for Life», disponible à l'adresse Internet <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8194691.stm>).

30

en place de manière unilatérale par l'Allemagne ne visent pas leurs créances. De surcroît, l'Allemagne a systématiquement refusé l'indemnisation à plusieurs de ces victimes et semble affirmer qu'aucune obligation de réparation n'existerait plus à leur égard. Cette situation de déni de justice explique la décision des victimes italiennes de saisir les juridictions nationales de leurs actions en réparation. C'est dans le contexte de cette situation que doit être appréciée la levée de l'immunité de l'Allemagne. Comme il sera démontré dans les chapitres suivants, l'Italie soutient que, compte tenu des circonstances de l'espèce, les juridictions italiennes étaient en droit de refuser l'immunité à l'Allemagne.

CHAPITRE III LA COMPÉTENCE

Section I. Introduction

3.1. Lorsqu'elle a engagé la procédure concernant *l'Immunité juridictionnelle de l'Etat (République fédérale d'Allemagne c. République italienne)*, l'Allemagne a fondé la compétence de la Cour sur l'article 1^{er} de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957 (ci-après «convention européenne»), combiné avec le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour⁴⁷. Aux termes de l'article 1^{er} de la convention européenne :

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

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

L'Allemagne soutient que l'applicabilité de la convention européenne n'est pas exclue par les dispositions de l'article 27, aux termes duquel :

«Les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas :

- a) aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente Convention entre les parties au différend;
- b) aux différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats.»

3.2. Dans sa requête et dans son mémoire, l'Allemagne a également soutenu que ses demandes étaient recevables en examinant trois causes d'objections possibles, à savoir la nécessité d'épuiser les voies de recours internes, la nécessité d'épuiser au préalable les négociations diplomatiques et la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes. D'après l'Allemagne, aucune de ces objections ne peut être soulevée en l'espèce⁴⁸.

3.3. A l'occasion des consultations tenues entre les gouvernements italien et allemand le 18 novembre 2008 à Trieste, le Gouvernement italien a déclaré de manière solennelle qu'il «respect[ait] la décision de l'Allemagne de s'adresser à la Cour internationale de Justice pour obtenir une décision sur le principe de l'immunité de l'Etat» et a exprimé son avis selon lequel «pareille décision contribuera[it] à faire la lumière sur cette question complexe⁴⁹». L'Italie entend à présent confirmer la position exprimée antérieurement. Dans l'intérêt du règlement complet du

⁴⁷ MA, par. 2.

⁴⁸ MA, par. 4-6.

⁴⁹ ANNEXE 1.

présent différend, l'Italie reconnaît pleinement la compétence de la Cour à l'égard du différend dont celle-ci a été saisie par la requête de l'Allemagne du 23 décembre 2008 et s'abstient de contester les affirmations de l'Allemagne concernant la recevabilité de ses demandes.

33

3.4. Néanmoins, l'Italie attire l'attention de la Cour sur le fait que, dans le contexte de la déclaration conjointe de l'Allemagne et de l'Italie, il était déjà fait référence à la complexité du différend que l'Allemagne entendait porter devant la Cour. La complexité de la présente affaire est due au fait que le différend sur l'immunité soumis par l'Allemagne est indissociablement lié à la question de la réparation due par l'Allemagne aux victimes italiennes des crimes commis par les autorités nazies au cours de la seconde guerre mondiale. En ce qui concerne la compétence de la Cour, ce lien étroit entre la question de l'immunité et celle de la réparation entraîne une conséquence importante, qui porte sur la détermination des «faits ou situations» constituant «l'origine ou la cause réelle du différend» aux fins de l'application de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne de 1957. A cet égard, si l'Italie accepte la compétence de la Cour en vertu de la convention européenne, son opinion diffère de celle de l'Allemagne quant à l'identification de la «cause réelle» du différend soumis par l'Etat demandeur. L'Italie soutient que la «cause réelle» du différend sur l'immunité réside dans le refus de l'Allemagne d'indemniser les victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire commises par les autorités nazies au cours de la seconde guerre mondiale. Il s'ensuit que le différend sur l'immunité soumis par l'Allemagne et le différend sur la réparation soumis par l'Italie dans sa demande reconventionnelle sont nés des mêmes «faits et circonstances».

3.5. Dans le présent chapitre, l'Italie exposera sa position sur la compétence de la Cour en l'espèce. La compétence de la Cour sera analysée non seulement au regard du différend sur l'immunité de l'Etat soumis par l'Allemagne, mais également au regard du différend sur la réparation soumis par l'Italie dans sa demande reconventionnelle. Dans la section I, l'Italie démontrera que la «cause réelle» du différend sur l'immunité soumis par l'Allemagne doit être recherchée dans l'attitude adoptée par les organes de l'Etat allemand sur la question de la réparation. Dans la section II, l'Italie établira que le différend sur l'immunité et le différend sur la réparation relèvent de la compétence de la Cour, puisqu'ils concernent tous deux des faits ou situations postérieurs au 18 avril 1961, date d'entrée en vigueur de la convention européenne entre l'Allemagne et l'Italie.

Section II. Identification de la cause réelle du différend soumis par l'Allemagne aux fins de la compétence de la Cour

3.6. Comme il a déjà été indiqué, l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne prévoit que les dispositions de cette dernière ne s'appliquent pas «aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente Convention entre les parties au différend». Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, où il était question de l'interprétation d'une clause de limitation *ratione temporis* comparable à celle de l'alinéa a) de l'article 27, la Cour a défini le contenu de ces clauses de la manière suivante :

34

«[I]es faits ou situations qu'il faut ... retenir sont ceux que le différend concerne ou, en d'autres termes, comme l'a dit la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, «uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend», ceux qui en sont «réellement la cause»⁵⁰».

⁵⁰ C.I.J. Recueil 1960, p. 35.

Comme l'a reconnu la Cour dans l'affaire relative à *Certains biens*, ce critère juridique en matière de limitation *ratione temporis* est également pertinent aux fins de l'interprétation de l'alinéa a) de l'article 27. Comme elle l'a déclaré :

«[l]a Cour est d'avis que, en tant qu'elle doit déterminer les faits ou situations que le présent différend concerne, le critère susmentionné consistant à identifier l'origine ou la cause réelle du différend est également applicable en l'espèce⁵¹».

3.7. L'Allemagne prétend que ce serait l'arrêt rendu par la *Corte di Cassazione* italienne le 11 mars 2004 dans l'affaire *Ferrini* qui aurait donné naissance au différend porté devant la Cour par l'Etat demandeur. D'après l'Allemagne, cet arrêt aurait «ouvert la voie aux actions en réparation de préjudices subis à la suite d'événements se situant dans le cadre de la seconde guerre mondiale⁵²». En outre, même si l'Allemagne reconnaît que toutes les actions formées contre elle devant les juridictions italiennes concernent des événements de la seconde guerre mondiale «lors desquels les troupes allemandes commirent de graves violations du droit international humanitaire», elle exclut l'idée que ces événements représentent la cause réelle du présent différend, parce que «la procédure engagée contre l'Italie ne porte pas sur le fond de ces actions⁵³».

3.8. L'Italie partage l'avis de l'Allemagne selon lequel les événements survenus au cours de la seconde guerre mondiale visés dans le mémoire de l'Allemagne ne constituent pas la cause réelle du différend sur l'immunité. Ces événements ne constituent pas non plus, comme il sera indiqué ultérieurement, la cause réelle du différend sur la réparation soumise par l'Italie. Néanmoins, l'Italie conteste l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle la cause réelle du différend sur l'immunité devrait être recherchée dans l'arrêt *Ferrini* de la *Corte di Cassazione*.

3.9. Premièrement, en ce qui concerne l'argument de l'Allemagne selon laquelle ce serait l'arrêt *Ferrini* qui aurait «ouvert la voie aux actions en réparation» de préjudices causés par les crimes nazis, le moins que l'on puisse dire est que la version allemande des événements ayant amené les ressortissants italiens à s'adresser aux juridictions italiennes pour demander la réparation des dommages causés par les crimes nazis ne donne qu'une image tronquée des faits pertinents. Il ne fait pas de doute que la jurisprudence inaugurée par l'arrêt de la *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Ferrini* a encouragé les victimes italiennes de crimes nazis à saisir leurs juridictions nationales de leurs actions. Cependant, la raison réelle pour laquelle les actions en réparation furent introduites devant les juges italiens, ainsi que la raison d'être de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Ferrini*, doivent être recherchées dans l'attitude adoptée par l'Allemagne à l'égard des demandes d'indemnisation présentées par des ressortissants italiens devant les autorités allemandes.

3.10. Le cas des internés militaires italiens (IMI) est révélateur à cet égard. Comme il a déjà été indiqué⁵⁴, lorsque le parlement allemand adopta, le 12 août 2000, la loi instituant la Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir» en vue d'indemniser les personnes ayant été soumises au travail forcé par l'Allemagne nazie⁵⁵, des milliers d'IMI déposèrent des demandes d'indemnisation auprès de l'Organisation internationale des migrations. La plupart de ces demandes furent rejetées

⁵¹ C.I.J. Recueil 2005, p. 25, par. 46.

⁵² MA, par. 3.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Chap. II, section III.

⁵⁵ Annexe 7.

suite à la décision de l'exécutif allemand selon laquelle les IMI n'avaient pas droit à indemnisation en vertu de la loi instituant la Fondation. Les IMI formèrent également des recours infructueux contre cette décision devant les juridictions allemandes. Ce n'est qu'en raison du refus opposé par les autorités allemandes que de nombreux IMI décidèrent de porter leurs actions en réparation devant les juridictions italiennes⁵⁶. Il est significatif à cet égard que dans de nombreux cas, des recours aient également été formés contre la Fondation.

36

3.11. L'Italie conteste également l'argument de l'Allemagne selon lequel la procédure engagée contre l'Italie n'aurait rien à voir avec l'objet des actions en réparation introduites devant les juridictions italiennes. D'après l'Allemagne, étant donné que la procédure engagée contre l'Italie porte exclusivement sur la question de l'immunité de l'Allemagne devant les juridictions italiennes, la cause réelle du différend devrait être recherchée dans l'arrêt de la *Corte di Cassazione* refusant cette immunité. Cet argument est inopérant pour la raison simple que l'Italie a déjà indiquée, à savoir qu'en l'espèce, la question de l'immunité juridictionnelle dont jouit l'Etat allemand devant les tribunaux italiens ne saurait être examinée séparément de la question la réparation due par l'Allemagne aux victimes italiennes des crimes commis par les autorités nazies. Les décisions prononcées par les juridictions italiennes en 2004 et ultérieurement au sujet de l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne ne peuvent être pleinement appréciées sans qu'il soit tenu compte du contexte plus large dans lequel s'inscrit la question de la réparation à raison des crimes nazis. Comme l'Italie l'exposera ultérieurement d'une manière plus détaillée, dans les circonstances précises de la présente affaire, les juridictions italiennes ont estimé qu'elles étaient en droit de lever l'immunité à cause du refus de l'Allemagne d'indemniser les victimes italiennes des crimes nazis. En conséquence, afin de déterminer la cause réelle du différend, les décisions rendues par les juridictions italiennes sur la question de l'immunité de l'Etat allemand doivent être considérées comme étant la conséquence de la situation de droit et de fait découlant du refus de l'Allemagne d'indemniser les victimes italiennes. L'argument de l'Allemagne selon lequel la question de l'immunité peut en l'espèce être dissociée de celle de la réparation ne saurait être accepté. En réalité, loin d'être étrangère au différend soumis par l'Allemagne, la question de la réparation se trouve au cœur même du différend.

3.12. Dans son arrêt rendu dans l'affaire concernant *Certains biens*, la Cour a jugé que

«les décisions rendues par les tribunaux allemands en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer* ne sauraient être dissociées de la convention sur le règlement ni des décrets Beneš, et qu'elles ne sauraient, en conséquence, être regardées comme étant à l'origine ou constituant la cause réelle du différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne⁵⁷».

Dans le même esprit, il faut reconnaître qu'en l'espèce, les décisions de la *Corte di Cassazione* sur la question de l'immunité de l'Etat allemand ne sauraient être dissociées de la question de la réparation due par l'Allemagne aux victimes des crimes nazis et que ces décisions ne sauraient en conséquence être considérées comme étant à l'origine ou constituant la cause réelle du différend soumis par l'Allemagne. La cause réelle du différend soumis par l'Etat demandeur doit être recherchée dans le refus de l'Allemagne d'indemniser les victimes italiennes des violations graves du droit international humanitaire commises par les autorités du III^e Reich au cours de la seconde guerre mondiale. C'est à cause de l'attitude adoptée à cet égard par les autorités de l'Etat allemand que la plupart des victimes italiennes ont décidé d'introduire leurs actions devant les juridictions italiennes ; et c'est à cause du déni de justice opposé par l'Allemagne à ces demandes que les juges italiens ont levé l'immunité de cet Etat. La conclusion semble donc s'imposer : le différend sur

⁵⁶ L'affaire *Ferrini* était la seule à avoir été portée devant les juridictions italiennes avant la décision des autorités allemandes rejetant les demandes des IMI. Voir toutefois chap. II, note 43.

⁵⁷ *C.I.J. Recueil 2005*, p. 26, par. 51.

l'immunité soumise par l'Allemagne et le différend sur la réparation soumise par l'Italie ont pour origine le même fait, à savoir le refus de l'Allemagne d'indemniser les victimes italiennes.

37 **Section III. Le différend sur l'immunité soumise par l'Allemagne et le différend sur la réparation soumise par l'Italie relèvent du champ d'application *ratione temporis* de la convention européenne de 1957**

3.13. La conclusion à laquelle nous sommes arrivés au sujet de l'origine du différend n'a pas d'incidence sur la question de la compétence de la Cour. La limitation *ratione temporis* prévue à l'alinéa a) l'article 27 de la convention européenne ne s'applique pas au différend soumise par l'Allemagne, et ce même s'il est reconnu, comme le soutient l'Italie, que la cause réelle du présent différend tient à l'attitude adoptée par les autorités allemandes à l'égard de la question de la réparation. Comme il sera établi dans la présente section, la question de la réparation, qui constitue l'objet du différend soumise par l'Italie dans sa demande reconventionnelle, porte sur des faits ou situations postérieurs au 18 avril 1961, date à laquelle la convention européenne est entrée en vigueur entre l'Allemagne et l'Italie. En conséquence, la Cour est compétente pour statuer tant sur la demande de l'Allemagne portant sur l'immunité que sur la demande reconventionnelle de l'Italie portant sur la réparation.

3.14. Une observation préliminaire s'impose avant d'identifier les faits qui sont à l'origine du différend concernant la réparation. Dans son mémoire, l'Allemagne affirme que la limitation *ratione temporis* prévue à l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne ne s'applique pas au différend sur l'immunité, même si le contexte factuel de ce différend est en partie constitué d'événements survenus lors de la seconde guerre mondiale⁵⁸. L'Italie soutient que cela vaut également pour le différend sur la réparation.

38 3.15. Deux considérations importantes entrent en ligne de compte. Premièrement, l'Allemagne et l'Italie partagent clairement le même avis en ce qui concerne la survenance et la qualification juridique des faits qui sont à l'origine des créances de réparation. Il n'existe pas de contestation entre les parties sur le fait que ces créances sont nées des violations graves du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie au cours de la seconde guerre mondiale. C'est la question de la réparation, et non pas l'appréciation de fait et de droit des événements de la seconde guerre mondiale, qui constitue l'élément central du différend soumise par l'Italie. Deuxièmement, comme il a été clairement indiqué par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* et confirmé ultérieurement par cette Cour dans l'affaire du *Droit de passage*, il convient de distinguer entre «les situations ou faits qui constituent la source des droits revendiqués par l'une des Parties et les situations ou faits générateurs du différend⁵⁹». Les violations graves du droit international humanitaire commises par le III^e Reich au cours de la seconde guerre mondiale constituent la source du droit de réparation invoqué par les victimes italiennes. Quant à la «cause réelle» du présent différend, elle doit en revanche être recherchée dans l'attitude des organes de l'Etat allemand à l'égard de la question de la réparation due par l'Allemagne aux victimes italiennes.

3.16. Deux ensembles de faits différents mais interdépendants doivent être considérés comme étant réellement à l'origine du différend sur la réparation. Premièrement, et de manière générale, le différend est directement lié aux deux accords internationaux, à savoir le traité sur le règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier et le traité concernant l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution

⁵⁸ MA, par. 7.

⁵⁹ C.I.J. Recueil 1960, p. 35. Voir aussi C.P.J.I. série A/B, n° 77, p. 82.

national-socialiste, les deux signés le 2 juin 1961⁶⁰ et entrés en vigueur respectivement le 16 septembre 1963 et le 31 juillet 1963, en vertu desquels l'Allemagne a consenti pour la première fois à indemniser l'Italie et ses ressortissants en raison de son comportement au cours de la seconde guerre mondiale. La deuxième source du présent différend, qui est plus récente, correspond aux événements ayant suivi la mise en place de la Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir» et, en particulier, la décision prise par l'exécutif allemand et confirmée ensuite par les juges allemands de ne pas indemniser les ressortissants italiens ayant été soumis au travail forcé par les autorités du III^e Reich au cours de la seconde guerre mondiale⁶¹.

39

3.17. Les deux accords conclus en 1961 entre l'Italie et l'Allemagne se trouvent au centre du différend concernant la réparation due par l'Allemagne aux victimes italiennes des crimes nazis. Dans son mémoire, l'Allemagne prétend qu'en concluant les deux accords de 1961, l'Allemagne et l'Italie auraient mis fin définitivement à tout contentieux portant sur les conséquences financières de la seconde guerre mondiale. L'Allemagne soutient en particulier qu'«en 1961, en vertu des deux traités conclus en vue du règlement de toutes les réclamations résiduelles, l'Italie a déclaré une fois de plus en son nom et au nom de ses ressortissants que toutes les réclamations de ce type [c'est-à-dire les réclamations contre l'Allemagne et des ressortissants allemands nées de la période de la seconde guerre mondiale] avaient effectivement été réglées⁶²». Ce même argument fut avancé par l'Allemagne lorsqu'elle devait décider si les IMI avaient droit à réparation en vertu du mécanisme mis en place par la loi allemande instituant la Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir»⁶³. L'Italie ne partage pas l'avis de l'Allemagne au sujet de la portée des clauses de renonciation figurant dans ces deux accords. En laissant de côté le fond des prétentions respectives des parties, ce qu'il convient ici de souligner est que la position adoptée par l'Allemagne dans son mémoire confirme le rôle central joué par les accords de 1961 dans la présente affaire. Aux fins de l'application de la clause de limitation *ratione temporis* figurant à l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne, ces accords doivent donc être considérés comme étant l'origine ou la cause réelle du différend sur la réparation soumis par l'Italie et aussi, partant, du différend sur l'immunité soumis par l'Allemagne.

3.18. Dans son mémoire, l'Allemagne se réfère également à la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 17 du traité de paix de 1947, en examinant la question des réparations de guerre entre l'Italie et l'Allemagne. Or le traité de paix ne saurait être considéré comme étant l'origine ou la cause réelle des présents différends aux fins de l'application de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne. Comme il ressort de la conclusion ultérieure des accords de 1961 sur le règlement des réclamations et comme l'Allemagne le reconnaît également dans son mémoire⁶⁴, la clause de renonciation du traité de paix n'avait pas réglé la question des réparations entre l'Allemagne et l'Italie. En réalité, en concluant les accords de 1961, l'Allemagne a renoncé à faire valoir toute prétention fondée sur une interprétation du traité de paix de 1947 selon laquelle l'Italie aurait renoncé à ses droits à réparation pour dommages de guerre, y compris la réparation due aux victimes italiennes des crimes nazis. Dans le même temps, en 1961, l'Allemagne a reconnu son obligation de réparation à l'égard de l'Italie et des ressortissants italiens. Pour reprendre les propos de la Cour dans l'affaire concernant *Certains biens*⁶⁵, la

⁶⁰ Annexes 3 et 4.

⁶¹ Annexes 7 and 9.

⁶² MA, par. 56.

⁶³ *Leistungsberechtigung der Italienischen Militärinternierten nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung «Erinnerung, Verantwortung und Zukunft», Rechtgutachten erstattet von Professor Dr. Christian Tomuschat*, 31 juillet 2001 (annexe 8).

⁶⁴ MA, par. 10.

⁶⁵ *C.I.J. Recueil 2005*, p. 26, par. 51.

conclusion des accords de 1961 avait créé une «situation nouvelle» entre l'Italie et l'Allemagne au sujet de la question de la réparation. Ce sont les accords de 1961 et, plus particulièrement, les questions concernant leur portée, ainsi que la portée de la clause de renonciation figurant dans ces accords, qui se trouvent au centre des divergences entre l'Italie et l'Allemagne sur la question de la réparation. Ce sont donc les accords de 1961, et non pas le traité de paix, qui doivent être considérés comme étant l'origine ou la cause réelle des différends portés devant la Cour.

40

3.19. Le présent différend ne découle pas uniquement du mécanisme de réparation mis en place par les accords de 1961. Il a également pour origine les décisions plus récentes des autorités allemandes concernant les demandes d'indemnisation présentées par les IMI. Comme nous l'avons vu, lorsque l'Etat allemand mit en place en 2000 le programme le plus vaste visant à octroyer une indemnisation individuelle à raison du travail forcé imposé par l'Etat allemand nazi, des milliers d'IMI présentèrent des demandes d'indemnisation pour cause de travail forcé. La présentation de ces demandes constituait l'une des premières occasions où le gouvernement et les juridictions allemands devaient faire face à des demandes d'indemnisation individuelles présentées par des ressortissants italiens ayant été victimes de violations graves du droit international humanitaire commises par le III^e Reich allemand. Pour reprendre une fois de plus la formulation de la Cour dans l'affaire concernant *Certains biens*, lorsqu'ils eurent à examiner de telles demandes, l'exécutif et les tribunaux allemands se trouvèrent face à une «situation nouvelle» aux fins de l'application de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne de 1957. Il en est ainsi à plus forte raison parce que les événements survenus en 2000 et ultérieurement ne représentaient pas simplement l'application du mécanisme d'indemnisation mis en place par les accords de 1961. Les décisions des autorités allemandes rejetant les demandes présentées par des ressortissants italiens reposaient essentiellement sur la conception selon laquelle les personnes ayant été victimes de violations graves du droit international humanitaire ne bénéficieraient pas d'un droit à réparation individuel car, dans ces cas, la question de la réparation devait être réglée exclusivement au niveau interEtatique. Cette position avait été exprimée dans l'avis juridique joint à la décision de l'exécutif concernant les droits des IMI⁶⁶ ; elle a également joué un rôle de premier plan dans la décision de la Cour constitutionnelle allemande⁶⁷. A cet égard, les décisions des autorités allemandes concernant les droits des IMI peuvent être dissociées des accords de 1961. Elles peuvent donc être considérées comme une source distincte du différend entre l'Italie et l'Allemagne.

Section IV. Conclusion

41

3.20. Pour l'ensemble des raisons exposées dans les sections précédentes du présent chapitre, l'Italie soutient que la Cour est compétente pour connaître du différend sur l'immunité soumis par l'Allemagne ainsi que du différend sur la réparation soumis par l'Italie. Il n'existe pas de limitation pertinente *ratione temporis* de la compétence de la Cour, puisque les deux différends portent sur des faits et situations, à savoir la conclusion des accords d'indemnisation de 1961 entre l'Italie et l'Allemagne et le refus de l'Allemagne d'examiner les demandes d'indemnisation des IMI, qui sont postérieurs à l'entrée en vigueur de la convention européenne entre les parties aux différends.

⁶⁶ Annexe 8

⁶⁷ Annexe 9

CHAPITRE IV L'IMMUNITÉ

Section I. Introduction

4.1. Le présent chapitre a pour objet d'analyser le droit de l'immunité juridictionnelle des Etats afin de définir le contexte juridique applicable aux griefs formulés par l'Allemagne dans sa requête du 23 décembre 2008. L'Allemagne prétend qu'au travers de certaines décisions des autorités judiciaires italiennes, l'Italie aurait violé le principe de l'immunité souveraine qui empêche les personnes physiques d'engager des procédures contre des Etats étrangers devant les juridictions de l'Etat du for. L'Allemagne affirme également que rien ne justifierait la méconnaissance par l'Italie de l'immunité de l'Allemagne. Le présent chapitre expose la position de l'Italie au sujet des règles applicables aux questions de l'immunité des Etats qui se posent en l'espèce. Tout comme les chapitres V et VI, le présent chapitre révèle le caractère défectueux de l'argumentation juridique de l'Allemagne.

4.2. Les deux parties s'accordent sur le fait que les obligations juridiques pertinentes en l'espèce ont pour source le droit international coutumier. En particulier, l'Italie reconnaît pleinement le fait que l'immunité souveraine constitue un principe fondamental du droit international que chaque pays est tenu de respecter.

4.3. Néanmoins, l'Italie établira dans le présent chapitre que, tout en reconnaissant l'immunité souveraine en tant que principe fondamental du droit international, les Etats ont également accepté le fait que ce principe n'était pas absolu. Avec le temps, le contenu de la règle de l'immunité des entités souveraines étrangères a fait l'objet d'une redéfinition progressive dans le sens d'une restriction du cercle des activités de l'Etat bénéficiant de l'immunité. L'évolution vers l'immunité restreinte a été motivée par la préoccupation croissante de ne pas restreindre indûment la possibilité des personnes d'accéder aux tribunaux pour y assigner un Etat étranger. Il est révélateur que les juridictions nationales aient toujours joué un rôle de premier plan en vue de l'évolution du droit de l'immunité des Etats.

4.4. Le fait que les Etats aient progressivement consenti à équilibrer l'immunité par rapport à d'autres valeurs généralement perçues comme dignes de protection prend une signification particulière à une époque où les développements fondamentaux du droit international révèlent l'importance capitale que la communauté internationale accorde à la protection de certaines valeurs partagées. Ces développements récents doivent inévitablement être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si un Etat peut être considéré comme ayant droit à se prévaloir de l'immunité. L'Italie soutient que, dans certaines circonstances où l'immunité ne semble pas conciliable avec la protection effective de ces valeurs fondamentales, elle doit être écartée.

4.5. Le présent chapitre est rédigé selon le plan ci-après. Dans la section II, l'Italie exposera l'évolution de la règle de l'immunité des Etats. Elle fera ressortir l'acceptation progressive de la part des Etats du champ d'application restreint de l'immunité dont bénéficie un Etat devant les juridictions d'un autre Etat. La section III examine la règle de l'immunité dans le contexte de certains développements fondamentaux du droit international actuel et établit que ces développements affectent l'applicabilité de l'immunité des Etats. Enfin, dans la section IV, l'Italie tire les conclusions de son raisonnement en démontrant qu'un Etat responsable de violations de règles fondamentales n'a pas droit à l'immunité dans les cas où l'octroi de cette dernière

équivaldrait à exonérer l'Etat des conséquences juridiques de la violation de sa part de principes d'une importance fondamentale.

Section II. Le principe de l'immunité de juridiction des Etats et ses limites

4.6. Comme il a déjà été indiqué, l'Italie partage pleinement l'avis de l'Allemagne selon lequel l'immunité constitue un principe fondamental de l'ordre juridique international. Néanmoins, la position de l'Italie sur l'évolution de ce principe en droit international diffère de celle de l'Allemagne.

44

4.7. Dans la présente section, l'Italie analysera en premier lieu l'évolution depuis l'immunité absolue vers l'immunité relative et démontrera que, contrairement à ce que prétend l'Allemagne, cette évolution a commencé bien avant la seconde guerre mondiale. Deuxièmement, l'Italie établira que depuis leur apparition, les exceptions à l'immunité répondent au besoin de protéger les personnes privées et d'éviter un déni de justice et, partant, à la même préoccupation que celle qui se trouve à la base de la jurisprudence récente des autorités judiciaires italiennes. Troisièmement, l'Italie démontrera que la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* n'a pas toujours représenté le critère principal en vue d'établir la compétence. En particulier, cette distinction ne s'applique pas toujours dans les affaires concernant des actions en réparation de préjudices causés à des personnes physiques par des Etats étrangers, c'est-à-dire les affaires du type de celles ayant donné lieu au présent différend.

A. L'immunité de juridiction comme conséquence du principe de la souveraineté des Etats

4.8. L'obligation des juridictions nationales de décliner leur compétence dans les procédures engagées contre des Etats étrangers est généralement considérée comme solidement ancrée dans les principes de l'indépendance, de l'égalité et de la dignité des Etats. Depuis l'opinion du Chief Justice Marshall dans l'affaire *The Schooner Exchange*⁶⁸, l'immunité des Etats était considérée comme le corollaire de «l'égalité parfaite et [de] l'indépendance absolue des souverains», qui représente en effet un principe «constitutionnel» du droit international, lié à la structure même de l'ordre juridique international.

4.9. En 1978, le Groupe de travail de la CDI sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a caractérisé la doctrine de l'immunité des Etats comme

«découl[ant] de l'interaction de deux principes fondamentaux de droit international : le principe de la territorialité et le principe de la personnalité de l'Etat, ces deux principes représentant deux aspects de la souveraineté de l'Etat. Ainsi, l'immunité des Etats est parfois exprimée par l'adage *par im parem imperium non habet*.»⁶⁹

4.10. Les tribunaux italiens ont toujours reconnu la nature coutumière de la règle de l'immunité des Etats, même lorsqu'en raison des circonstances de l'espèce, ils ont accepté d'exercer leur pouvoir de juridiction. Dans l'affaire *Ferrini*, la *Corte di Cassazione* a jugé que :

⁶⁸ Cour suprême des États-Unis, *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 24 février 1812, 11 u.s. 116 (1812). Pour une analyse de différentes doctrines traditionnelles, voir S. Sucharitkul, *Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, ACIDI 1980, vol. II, Première partie, p. 214 et s.

⁶⁹ *Rapport du Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, ACIDI 1978, vol. II, Deuxième partie, p. 153.

«l'existence et le fonctionnement d'une règle de droit international coutumier imposant aux Etats l'obligation de s'abstenir d'exercer leur pouvoir de juridiction à l'égard des autres Etats, mise en œuvre dans notre système en vertu de la disposition de l'article 10, premier alinéa, de la Constitution, sont incontestables⁷⁰».

45 En outre, dans l'affaire *Mantelli*, la *Corte di Cassazione* a affirmé une fois de plus que le principe coutumier de l'immunité des Etats avait pour objectif de favoriser les relations internationales fondées sur le respect mutuel de la souveraineté⁷¹.

4.11. Néanmoins, l'immunité n'a jamais été considérée comme un principe de droit international non susceptible de dérogation. En outre, comme l'Italie le démontrera dans les sections suivantes, le nombre et la portée des exceptions généralement acceptées ne cessent de croître.

B. L'évolution du droit de l'immunité

1. L'évolution depuis l'immunité absolue vers l'immunité relative

4.12. L'acceptation du fait que l'immunité des Etats est fondée sur les principes les plus fondamentaux du droit international ne signifie pas que ce principe possède un caractère absolu. En effet, les règles en matière d'immunité font partie du droit international coutumier, mais elles n'ont pas le caractère de *jus cogens* et n'ont jamais été considérées comme impératives ou non susceptibles de dérogation. En effet, même lorsque les Etats étaient considérés comme bénéficiant d'une immunité de juridiction absolue, ils avaient toujours la possibilité de renoncer à ce privilège⁷². La validité de l'acceptation expresse de la compétence n'a jamais été remise en cause. En outre, l'immunité n'était pas accordée dans des litiges portant sur des biens immobiliers acquis sur le territoire de l'Etat du for.

4.13. Dès le début du XX^e siècle, voire depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, la transformation des relations entre les Etats et les personnes privées s'est traduite par une tendance constante vers la restriction de l'immunité. Au départ, la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* constituait le critère exclusif en vue de l'exercice du pouvoir de juridiction. Plus récemment, le droit et la pratique de nombreux pays ont également admis des exceptions à l'immunité des Etats dans le cas de certaines activités relevant de la catégorie des actes souverains.

4.14. Comme il est généralement connu, l'évolution depuis le principe de l'immunité absolue vers la doctrine de l'immunité relative a commencé par une série de décisions de tribunaux nationaux⁷³. L'Italie estime que le rôle joué par les juridictions nationales en faveur de l'évolution du droit de l'immunité des Etats doit être pris en compte lors de l'appréciation de la jurisprudence de la *Corte di Cassazione* faisant l'objet de la présente affaire.

46

⁷⁰ Arrêt n° 5044/2004, *Ferrini*, par. 5. MA, annexe 1.

⁷¹ Ordonnance n° 14201/08, *Mantelli*. MA, annexe 13.

⁷² Voir l'affaire *Turkish Purchases Commission*, Allemagne, Tribunal prussien des conflits, 29 mai 1920, in 1 *ILR* (1919-1922), p. 114, où l'acceptation de la compétence s'étendait même à des mesures d'exécution.

⁷³ Voir *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 32^e session*, ACIDI 1980, vol. II, deuxième partie, p. 140.

4.15. Le premier plaidoyer en faveur de l'immunité restreinte remonte à 1840, lorsque l'avocat général près la Cour d'appel de Bruxelles conclut en faveur du refus de l'immunité aux Etats étrangers pour les actes non publics. Quelques années plus tard, en 1857, la même cour d'appel se reconnut compétente dans des affaires portant sur des litiges commerciaux⁷⁴. En 1903, la *Cour de cassation* consacra définitivement la théorie de l'immunité restreinte retenue par la juridiction inférieure et refusa l'immunité aux Pays-Bas dans une affaire concernant des travaux ferroviaires⁷⁵. La motivation de la *Cour de cassation* reposait sur deux principaux arguments. Premièrement, la Cour estimait que l'Etat étranger avait agi sous l'empire du droit privé et que les actes en question n'étaient pas souverains, pas plus qu'ils ne relevaient de l'exercice de la puissance publique. Deuxièmement, la Cour considérait que dans des cas similaires, les personnes privées avaient la possibilité d'engager des procédures contre le gouvernement belge devant des juridictions locales, sans que cela ne portât atteinte à la souveraineté de la Belgique et qu'il était dès lors possible, pour la même raison, d'assigner un Etat étranger. Cette décision de la *Cour de cassation* belge peut être considérée comme l'arrêt de principe consacrant la théorie restrictive de l'immunité, car elle a réfuté les deux principaux arguments théoriques en faveur du principe de l'immunité, à savoir le respect réciproque de la souveraineté entre Etats égaux et indépendants et l'analogie avec l'immunité du souverain local. Le premier argument théorique n'est plus valable si l'Etat peut agir en tant que personne privée, et le second ne l'est pas non plus dans les cas où même le souverain local peut être assigné en justice.

4.16. La jurisprudence belge inaugura l'évolution de l'exception à l'immunité pour actes privés. La jurisprudence italienne suivit rapidement son exemple. Depuis la fin du XIX^e siècle, ou du moins à partir du début du XX^e siècle, la jurisprudence italienne applique d'une manière constante la distinction entre l'Etat en tant qu'entité politique exerçant des pouvoirs souverains et bénéficiant de l'immunité, et l'Etat en tant que personne morale, ne bénéficiant pas de l'immunité⁷⁶. Tant dans la jurisprudence belge que dans la jurisprudence italienne, la distinction entre les actes privés et les actes publics reposait dès le départ sur la nature de l'acte, et non pas sur l'objectif de celui-ci. Le principe fut clairement énoncé dans l'affaire de la *Délégation commerciale soviétique* de 1925, dans laquelle la *Corte di Cassazione* jugea que le fait que le commerce extérieur fût monopolisé par le gouvernement soviétique pour des raisons politiques ne saurait modifier la nature commerciale d'une transaction⁷⁷. Ainsi, cet arrêt inaugura une tendance vers l'élargissement du cercle des actes à l'égard desquels le pouvoir de juridiction devait être exercé.

4.17. Les jurisprudences belge et italienne ne restèrent pas longtemps isolées. La distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* fut aussitôt appréciée par la doctrine⁷⁸, et le principe de l'immunité restreinte était déjà appliqué bien avant la seconde guerre mondiale par les juridictions nationales d'un nombre croissant de pays européens, comme il l'est toujours actuellement. Ainsi, par exemple, dans l'affaire des *Immunités (Etat étranger partie à un contrat privé)* du 5 janvier 1920, la Cour suprême autrichienne en matière civile jugea que la souveraineté

⁷⁴ Pour les références, voir G.M. Badr, *State Immunity. An Analytical and Prognostic view* (La Haye, 1984), p. 21 et s.

⁷⁵ *Compagnie des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. Etat néerlandais*, in *Journal de droit international* (1904), p. 417.

⁷⁶ Voir *Corte di Cassazione*, Turin, 1882 (*Giurisprudenza italiana* (1883), I, 125); *Corte di Cassazione*, Florence, 1886 (*Foro italiano* (1886), I, 913); *Corte di Cassazione*, Naples, 1886 (*Foro italiano* (1887), I, 474). Toutes ces décisions sont citées par G.M. Badr, *State Immunity. An Analytical and Prognostic View* (La Haye, 1984), p. 23 et s.

⁷⁷ *Corte di Cassazione*, Rome, *Foro italiano*, 1925, I, 830.

⁷⁸ Voir Institut de droit international, session de Hambourg, 1891, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers*, et spécialement l'article 4, points 3, 5 et 6.

d'un Etat n'impliquait pas une exonération de responsabilité absolue pour cet Etat. En effet, si l'Etat étranger conclut des contrats devant être exécutés en Autriche, il «entre dans le système juridique de l'Etat autrichien» et ne saurait plus demeurer indépendant de celui-ci. En conséquence, il est soumis à la compétence des tribunaux de l'Etat territorialement compétent en matière contractuelle⁷⁹. En 1918, le Tribunal fédéral suisse déclara recevable en vertu du droit international le séquestre de comptes bancaires appartenant à l'Etat autrichien⁸⁰. En 1928, la Cour d'Athènes refusa l'immunité à l'Union soviétique dans une procédure commerciale⁸¹, et cette décision fut confirmée sur pourvoi par l'*Areios Pagos*.

4.18. En 1929, la Cour d'appel mixte d'Egypte déclara que le fait d'accorder l'immunité à un Etat pour un acte non politique constituerait

«un déni de justice car il laisserait sans protection des personnes dont les intérêts sont en conflit avec l'intérêt privé de l'Etat⁸²».

48

4.19. En 1938, le Tribunal de commerce de Marseille déclara que le fait d'accorder à un Etat l'immunité pour des activités commerciales serait contraire à l'ordre public français, parce que

«l'Etat étranger pouvant poursuivre ses cocontractants devant les juridictions françaises sans pouvoir être poursuivi par eux devant elles, il s'ensuivrait que les tribunaux français qui sont institués en premier lieu pour protéger les droits de leurs nationaux, ne pourraient jamais en pareil cas que condamner ceux-ci sans avoir la possibilité de faire respecter leur droits, ce qui serait manifestement contraire au fondement même de l'organisation judiciaire⁸³».

En 1936, la *Cour de cassation* française confirma le refus de l'immunité pour une opération constituant un acte de commerce⁸⁴.

4.20. D'après l'Allemagne, le point tournant entre l'immunité absolue et l'immunité restreinte serait marqué par la lettre Tate de 1952 aux Etats-Unis⁸⁵. Or, au vu de l'exposé sommaire de la jurisprudence auquel nous venons de procéder, il ressort, en premier lieu, que l'évolution vers le principe de l'immunité restreinte avait commencé beaucoup plus tôt et ne se limitait pas à la jurisprudence des juridictions italiennes, comme le prétend l'Allemagne. En réalité, la lettre Tate ne représentait que la reconnaissance d'une pratique judiciaire antérieure qui existait déjà depuis plusieurs décennies dans d'autres pays. Par cette lettre, le conseiller juridique du département d'Etat des Etats-Unis n'avait fait qu'aligner la position du gouvernement américain

⁷⁹ *Affaire des immunités (Etat étranger partie à un contrat privé)*, 5 janvier 1920, in 1 *ILR* (1919-1922), p. 119.

⁸⁰ *Ministère des finances autrichien c. Dreyfus*, 13 mars 1918, cité avec renvoi à la décision ultérieure du même tribunal dans l'affaire *République grecque c. Walder*, 28 mars 1930, in 5 *ILR* (1929-1930), p. 121-122.

⁸¹ *Affaire de la République soviétique (immunité en Grèce)*, 1928, n° 1681, 4 *ILR* (1927-1928), p. 172.

⁸² *Capitaine Hall, commandant le «Sumatra» c. Capitaine Bengoa, commandant le «Mercédès»*, in *Journal du droit international* (1921), p. 271 (c'est nous qui soulignons). Voir également la décision de la même cour dans l'affaire *Monopole des Tabacs de Turquie et autre c. Régie Cointéressée des tabacs de Turquie*, 22 janvier 1930, in 5 *ILR* (1929-1930), p. 123.

⁸³ Cité par I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des États en droit international* (Bruxelles, 1997), p. 47 et s. (original dans *Gazette du Palais* 1938, 2, 580).

⁸⁴ *Chaliapine c. Union des Républiques soviétiques socialistes*, 15 décembre 1936, in 8 *ILR* (1935-1937), p. 225.

⁸⁵ Voir en particulier MA, par. 91.

49

sur la pratique et l'*opinio juris* constantes de la plupart des pays occidentaux⁸⁶. Il s'ensuit que bien avant la seconde guerre mondiale, le refus de l'immunité des Etats par les juridictions nationales n'était pas considéré comme portant atteinte à la dignité ou à la souveraineté d'un Etat étranger, et que l'exercice du pouvoir juridictionnel, au moins par rapport à des activités commerciales, n'était pas considéré comme étant incompatible avec les principes fondamentaux de l'égalité et de l'indépendance réciproque des Etats. Même les auteurs qui estimaient qu'un Etat devait toujours être considéré comme une entité étrangère et qu'il ne changeait pas de personnalité en se livrant à des activités commerciales, reconnaissaient que l'exercice du pouvoir juridictionnel par les tribunaux nationaux ne portait pas toujours atteinte à la souveraineté⁸⁷.

4.21. Deuxièmement, il ressort de la jurisprudence ci-dessus exposée que l'évolution vers l'immunité restreinte a pour raison d'être la nécessité de protéger les personnes privées. Sur ce point, l'Italie se rallie totalement à la position de l'Allemagne selon laquelle la raison d'être de l'évolution vers l'immunité restreinte tient à l'idée que l'octroi du bénéfice de l'immunité à un Etat agissant en qualité de personne privée constitue une limitation injuste des droits des contractants privés⁸⁸.

4.22. En réalité, dès le départ, la limitation progressive de l'immunité de juridiction était liée au développement des principes de l'Etat de droit. Les objectifs d'assurer la protection des droits individuels face à un privilège injuste, l'accès individuel à la justice et la réparation des préjudices ont également marqué l'évolution ultérieure de la règle de l'immunité et des exceptions à cette dernière.

4.23. D'après l'Allemagne, la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* représenterait toujours le facteur déterminant en ce qui concerne le champ d'application *ratione materiae* de l'immunité juridictionnelle des Etats. L'Italie ne souscrit que partiellement à cette thèse. Dans les paragraphes suivants, l'Italie établira que les exceptions à l'immunité ne se limitent pas aux actes *jure gestionis*.

4.24. Dans le cadre du contentieux du travail, la distinction fondée sur la nationalité ou la résidence de l'employé et sur le lieu où le travail doit être accompli a souvent été préférée à celle basée sur le caractère privé ou public des fonctions de l'employé. A cet égard, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 5 de la convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972 prévoit qu'un Etat contractant

«ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant si la procédure a trait à un contrat de travail conclu entre l'Etat et une personne physique, lorsque le travail doit être accompli sur le territoire de l'Etat du for».

50

Les seules exceptions à cette restriction à l'immunité, énumérées au paragraphe 2, tiennent à la nationalité du travailleur ou à l'existence d'une disposition écrite dans le contrat de travail, tandis que le caractère *jure gestionis* ou *jure imperii* du travail accompli est généralement sans

⁸⁶ J. Combacau, L'immunité de l'Etat étranger aux Etats-Unis : la lettre Tate vingt ans après, in *Annuaire Français de Droit International*, n° 18, 1972, p. 455.

⁸⁷ A. Weiss, «Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers», *Recueil des Cours*, vol. 1 (1923), p. 544.

⁸⁸ MA, par. 49.

importance⁸⁹. La même solution a été retenue au Royaume-Uni, à l'article 4 du *State Immunity Act* (1978)⁹⁰.

4.25. L'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens énonce la règle générale selon laquelle un Etat ne bénéficie pas de l'immunité «dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'Etat et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat». Le second paragraphe de cet article apporte une limitation à cette exception générale pour le cas où «l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique». Ainsi, bien que la Convention n'abandonne pas totalement la distinction fondée sur la nature des fonctions exercées, l'exception à la compétence est limitée à des «fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique» et ne vise donc pas toute la sphère des fonctions publiques. Les travaux préparatoires concernant cette disposition prouvent la tendance déjà mentionnée en faveur de la restriction progressive de l'immunité des Etats même pour des activités ayant trait à des fonctions liées à l'exercice de la puissance publique. Le projet du texte de l'article 12, adopté à titre provisoire par la Commission du droit international en première lecture en 1986, prévoyait que l'immunité était accordée lorsque «l'employé a[vait] été engagé pour s'acquitter de services liés à l'exercice de la puissance publique⁹¹». Dans ses observations sur le projet du texte de l'article susmentionné, la République fédérale d'Allemagne estimait qu'une telle exception était «excessivement large et risqu[ait] d'ôter toute valeur à l'ensemble de la disposition, car on p[ouvai]t probablement établir un lien avec «l'exercice de la puissance publique» dans presque tous les contrats de travail». En conséquence, la République fédérale d'Allemagne proposait la suppression de ce paragraphe, pour adopter la même solution que celle retenue dans la convention européenne⁹². Cette proposition prouve le fait que, d'après l'Allemagne, l'exercice du pouvoir juridictionnel dans des situations impliquant certaines activités *jure imperii* n'affecte pas toujours l'indépendance et l'égalité des Etats souverains.

51

4.26. L'évolution de la règle de l'immunité en matière de conflits du travail illustre la tendance de la pratique des Etats à réduire le domaine de l'immunité des Etats et à accorder aux personnes physiques l'accès à la justice dans la plus large mesure possible, même lorsqu'il s'agit d'activités *jure imperii*. Cette tendance est encore plus nette dans un domaine qui est plus pertinent pour la présente affaire, à savoir celui des dommages causés aux personnes.

2. Les exceptions à l'immunité des Etats en matière de dommages causés aux personnes

4.27. L'évolution des règles en matière d'immunité concerne également les cas où des personnes physiques assignent un Etat étranger devant les juridictions nationales d'actions en réparation de préjudices causés à la personne. Dans ce domaine également, la nécessité d'accorder une protection adéquate aux droits individuels a abouti à la restriction de la protection accordée à la souveraineté des Etats. Dans la présente section, l'Italie établira, premièrement, que dans le cadre du contentieux de la responsabilité, le pouvoir juridictionnel est exercé même à l'égard d'activités

⁸⁹ Aux termes de son article 32, la convention «ne porte [pas] atteinte aux privilèges et immunités relatifs à l'exercice des fonctions des missions diplomatiques et des postes consulaires, ainsi que des personnes qui y sont attachées». Il semble possible de déduire de cette disposition que les litiges ayant trait aux relations de travail entre l'Etat et son personnel diplomatique échappent également à la compétence des juridictions nationales.

⁹⁰ 17 *International Legal Materials* (1978), p. 1123. A l'instar de la Convention européenne, le *SIA* prévoit également une exception relative au contentieux du travail avec le personnel diplomatique (article 16).

⁹¹ *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 38^e session*, ACIDI 1986, vol. II, deuxième partie, p. 10. Pour le commentaire, voir *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 36^e session*, ACIDI 1984, vol. II, deuxième partie, p. 65.

⁹² *Commentaires et observations des gouvernements*, ACIDI 1988, vol. II, première partie, p. 51.

souveraines. Deuxièmement, l'Italie démontrera que l'application de cette exception à l'immunité ne saurait être exclue en matière de dommages de guerre.

a) Le défaut de pertinence de la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* dans le cadre du contentieux de la responsabilité

4.28. La quasi-totalité des codifications nationales et internationales récentes dans le domaine de l'immunité des Etats prévoient, dans une certaine mesure, le refus de l'immunité en présence de faits illicites imputables à un Etat étranger et ayant entraîné la mort, des dommages corporels ou matériels ou des pertes de biens⁹³. Une telle exclusion, connue généralement sous le nom d'«exception en matière de responsabilité délictuelle», était déjà prévue dans la résolution de Hambourg de l'Institut de droit international de 1891⁹⁴. Cette exception constitue l'écart le plus important par rapport à la distinction entre les actes *jure gestionis* et les actes *jure imperii*.

52

4.29. L'Allemagne soutient que cette exception serait le plus souvent appliquée en matière de dommages causés dans des situations où les Etats n'exercent pas leurs pouvoirs souverains proprement dits. D'après l'Italie, l'exercice du pouvoir juridictionnel en matière de dommages causés par les activités du gouvernement ne saurait être sous-estimé. La seule condition à laquelle est subordonnée l'application de l'exception en matière délictuelle dans la réglementation nationale de l'immunité des Etats tient à l'existence d'un lien entre le dommage et le territoire de l'Etat du for⁹⁵.

4.30. La convention européenne sur l'immunité des Etats exige un double rattachement. Conformément à l'article 11, le pouvoir juridictionnel peut être exercé «lorsque la procédure a trait à la réparation d'un *préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire* de l'Etat du for et que *l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu*» (c'est nous qui soulignons). La Convention a codifié le droit de l'immunité des Etats à un stade relativement précoce, lorsque la doctrine restrictive de l'immunité n'était pas encore universellement acceptée. En outre, la plupart des Etats signataires étaient des pays de droit civil, et leurs juridictions avaient traditionnellement fait preuve de prudence lorsqu'il s'agissait d'étendre le contrôle juridictionnel à des préjudices causés par les actes accomplis dans l'exercice de

⁹³ Voir l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des États, ainsi que l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. A titre d'exemple de codifications nationales, voir, pour les Etats-Unis, le Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, article 1605(a)(5); pour le Royaume-Uni, le State Immunity Act de 1978, article 5; pour l'Australie, le Sovereign Immunities Act de 1985, article 13; pour le Singapour, le State Immunity Act de 1979, article 7; pour le Canada, la Loi sur l'immunité des États de 1982, article 6; pour l'Afrique du Sud, le Foreign State Immunity Act de 1981, article 6. La State Immunity Ordinance pakistanaise de 1981 constitue la seule codification nationale en matière d'immunité des États qui ne prévoit pas d'exception en matière de responsabilité délictuelle.

⁹⁴ Institut de droit international, session de Hambourg, 1891, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les États, souverains ou chefs d'État étrangers*, art 4, par 6.

⁹⁵ Tant le Foreign Sovereign Immunities Act américain que la loi canadienne sur l'immunité des États exigent que le dommage soit survenu sur le territoire du pays. Le State Immunity Act britannique, le Foreign Sovereign Immunities Act australien et le State Immunity Act du Singapour retiennent le lieu où le délit a été commis. Le caractère indifférent de la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* aux fins de l'applicabilité de l'exception en matière délictuelle a été affirmé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Schreiber c. la République fédérale d'Allemagne et le Procureur général du Canada*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62, arrêt du 12 septembre 2002, par. 32 (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002scc62/2002scc62.html>).

l'autorité souveraine⁹⁶. Néanmoins, il ressort assez clairement du libellé de l'article que la distinction entre les actes *jure gestionis* et les actes *jure imperii* n'a pas de place dans le cadre de la réglementation des actions en responsabilité délictuelle prévue par la Convention⁹⁷.

53

4.31. Les travaux de codification menés par la Commission du droit international confirment l'idée que la distinction entre les actes *jure gestionis* et les actes *jure imperii* n'est plus maintenue en matière délictuelle. L'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens exige le même double rattachement que celui prévu par la convention européenne. Une analyse sommaire des débats concernant la rédaction de cette règle fait ressortir que son objectif principal était d'assurer la protection des droits individuels et d'empêcher le déni de justice.

4.32. Lorsqu'en 1983, le Rapporteur spécial de l'époque M. Sucharitkul a proposé le projet du texte de l'article concernant l'exception en matière de responsabilité délictuelle, il a fait observer que

«[I]a distinction entre *jus imperii* et *jus gestionis*, ou les deux types d'activités attribuables à l'Etat, ne semble guère entrer en ligne de compte pour l'application de cette exception, qui a pour objet de *permettre le déroulement normal de la procédure et de permettre à la victime d'un dommage corporel ou à ses ayants droits, ou à la victime d'un préjudice matériel, d'obtenir réparation* dès lors que l'instance est par ailleurs recevable⁹⁸ ».

4.33. En conséquence, dès sa première mouture, cette règle avait pour objectif d'assurer l'accès des personnes physiques aux procédures judiciaires en vue de la réparation des préjudices délictuels. La nécessité d'assurer l'accès des personnes à la justice ressort encore plus clairement du commentaire consacré à cet article par la CDI en 1991. La Commission a fait observer que «la victime serait laissée sans recours si l'Etat était autorisé à invoquer l'immunité juridictionnelle⁹⁹ ». C'est la même considération qui avait motivé l'abandon de l'immunité absolue au profit de la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* qui se trouve également à l'origine de ces nouveaux développements dans le contexte des actions en responsabilité délictuelle, à savoir un sentiment d'injustice et la nécessité de protéger les droits individuels.

4.34. L'intention d'améliorer la protection des droits individuels exprimée par le Rapporteur spécial était partagée par de nombreux Etats. Certains d'entre eux avaient même proposé un élargissement du champ d'application de l'exception. Parmi eux, la République fédérale d'Allemagne ne s'était pas opposée à l'abandon de la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* et n'avait pas davantage proposé le maintien de l'immunité pour certains actes

⁹⁶ La République fédérale d'Allemagne s'est ralliée à la doctrine fondée sur la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* par la décision de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire relative à l'*Ambassade d'Iran* du 30 avril 1963 (BVerfGE 16, 27 et s.). La République fédérale a néanmoins ratifié la convention européenne le 22 janvier 1990 et a dès lors accepté la possibilité d'être assignée en justice également dans le domaine des activités *jure imperii*.

⁹⁷ Pour une analyse approfondie de la législation et de la jurisprudence des États, confirmant la conclusion selon laquelle la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* ne s'applique pas en cas d'actions en responsabilité délictuelle, voir J. Brömer, *State Immunity and the Violation of Human Rights* (La Haye, 1997), p. 51-121. Voir également C. Schreuer, *State Immunity: some recent developments* (Cambridge, 1988), p. 45-62.

⁹⁸ S. Sucharitkul, *Cinquième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, ACIDI 1983, vol. II, première partie, p. 42 (c'est nous qui soulignons).

⁹⁹ *Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-troisième session*, ACIDI 1991, vol. II, deuxième partie, p. 46 (c'est nous qui soulignons).

relevant de l'exercice de la puissance publique. Au contraire, l'Allemagne avait critiqué le fait qu'en exigeant la présence de l'auteur des délits sur le territoire de l'Etat du for, cette exception risquait de s'avérer inadaptée à l'hypothèse des préjudices causés par-delà les frontières.

54

4.35. Dans son commentaire du projet d'articles de 1991, la CDI a précisé que l'exception relative à la responsabilité délictuelle pouvait également s'appliquer à des activités publiques. La CDI a fait observer que

«la portée de l'article 12 est assez large pour englober aussi les dommages intentionnels comme les coups et blessures, les dommages intentionnels aux biens, l'incendie criminel, voire l'homicide ou l'assassinat politique¹⁰⁰».

4.36. Le fait qu'une clause relative à l'exception en matière de responsabilité délictuelle, qui ne se limite pas aux activités non souveraines, ait été incluse dans la plupart des législations nationales et conventions internationales et, en particulier, dans une convention caractérisée par sa vocation universelle telle que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles, prouve qu'il n'existe pas de principe impératif ou absolu exigeant l'octroi systématique de l'immunité en présence d'activités publiques. Dans les paragraphes suivants, l'Italie établira qu'il n'existe pas de principe absolu exigeant l'octroi de l'immunité de juridiction aux Etats étrangers dans les affaires concernant des dommages de guerre.

b) L'applicabilité de l'exception en matière de responsabilité délictuelle dans les affaires concernant des dommages de guerre

4.37. L'Allemagne prétend que l'exception en matière de responsabilité délictuelle ne saurait être étendue aux dommages de guerre et, d'une manière générale, que la réglementation en matière d'immunité des Etats ne s'appliquerait jamais aux fait de guerre. D'après l'Italie, cette affirmation est discutable en raison de sa formulation absolue. En effet, il ne semble pas qu'il existe un principe absolu selon lequel les situations ayant trait à des conflits armés seraient exclues de l'application de la règle relative à l'immunité restreinte.

4.38. L'article 31 de la convention européenne sur l'immunité des Etats exclut expressément l'applicabilité de la convention aux actes des forces armées de l'Etat étranger accomplis sur le territoire de l'Etat du for¹⁰¹.

4.39. Une telle exclusion expresse n'est pas prévue dans la Convention des Nations Unies. D'après l'Italie, il y a des raisons de croire que la Convention des Nations Unies s'applique bien aux activités militaires. En effet, il semble difficile d'accepter sans autres explications la déclaration du président de la commission *ad hoc* aux termes de laquelle une opinion générale avait

¹⁰⁰ Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-troisième session, ACIDI 1991, vol. II, deuxième partie, p. 46-47.

¹⁰¹ Article 31 : «Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux immunités ou privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles ci, lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant».

55 toujours prévalu lors des débats de la Sixième Commission, selon laquelle les activités militaires étaient exclues du champ d'application de la Convention¹⁰².

4.40. Lorsque la Convention entend limiter son champ d'application dans un domaine particulier, elle l'affirme de manière expresse. Il est révélateur que dans son énumération des catégories de privilèges et immunités non affectés par la Convention, l'article 3 mentionne les immunités diplomatiques, les immunités des chefs d'Etat et les immunités relatives aux aéronefs ou aux objets spatiaux. Il ne mentionne pas en revanche les activités militaires. Une autre exclusion, à savoir les procédures pénales, était expressément mentionnée dans la résolution 59/38 de l'Assemblée générale¹⁰³. Or ni la Convention, ni la résolution de l'Assemblée générale ne se réfèrent aux activités militaires ni aux dommages de guerre.

4.41. Le commentaire de 1991 sur le projet du texte de l'article 12 semble contradictoire sur ce point. Il y est affirmé que l'article «ne s'applique pas en cas de conflit armé». Cependant, en ce qui concerne la non-applicabilité de l'article aux dommages causés au-delà des frontières, le commentaire cite à titre d'exemple le fait que «les coups de feu tirés par-delà la frontière ou les bombardements d'artillerie débordant la frontière pendant un conflit armé n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 12». Cet exemple suggère, *a contrario*, l'idée que le contexte des conflits armés n'est pas à priori exclu du champ d'application de l'article dans les cas de dommages qui ne présentent pas un caractère transfrontalier¹⁰⁴. Par conséquent, des doutes sérieux subsistent sur le point de savoir si les dommages de guerre sont ou non exclus du champ d'application de l'exception en matière de responsabilité délictuelle prévue par la Convention des Nations Unies.

56 4.42. En outre, la jurisprudence n'est pas si unanime que l'Allemagne le prétend pour ce qui est de l'exclusion des dommages de guerre du champ d'application des exceptions en matière de responsabilité délictuelle prévues par les législations nationales. En ce qui concerne la pratique des Etats-Unis, par exemple, l'Allemagne affirme que «les juridictions des Etats-Unis ne connaîtraient jamais d'une action par laquelle le demandeur chercherait à obtenir la réparation de dommages subis au cours d'un conflit armé¹⁰⁵». L'Italie fait observer que l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Republic of Iraq v. Simon et al.*¹⁰⁶ semble donner raison à la thèse inverse. Des citoyens américains qui avaient été capturés et torturés par des agents irakiens au cours de la guerre du Golfe en 1991 introduisirent une action en responsabilité contre l'Iraq devant les juridictions des Etats-Unis. Ils firent valoir que l'Iraq ne bénéficiait pas de l'immunité car, depuis 1990, il avait été inclus dans la liste des pays soutenant le terrorisme établie par le département d'Etat et que l'exception à l'immunité des Etats, prévue par l'amendement du FSIA introduit par l'Antiterrorism and Effective Death Penalty Act et codifiée au 28 U.S.C. § 1605(a)(7), serait dès lors applicable. La Cour suprême jugea que le FSIA et l'amendement en cause étaient applicables en l'espèce, sans accorder d'importance au fait que les dommages étaient survenus au cours de la guerre du Golfe et en rapport avec celle-ci. L'immunité fut en fin de compte été accordée à l'Iraq en raison du fait que la Cour de district n'était plus compétente pour connaître des actions formées contre l'Iraq

¹⁰² *Compte rendu des travaux de la Sixième Commission, 13^e séance, 25 octobre 2004, A/C.6/59/SR.13*. Voir A. Dickinson, «Status of Forces under the UN Convention On State Immunity», in 55 *International & Comparative Law Quarterly* (2006), p. 428.

¹⁰³ Résolution 59/38 de l'Assemblée générale du 2 décembre 2004.

¹⁰⁴ *Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-troisième session*, ACIDI 1991, vol. II, deuxième partie, p. 46

¹⁰⁵ MA, par. 101.

¹⁰⁶ *Republic of Iraq v. Jordan Beaty et al., Republic of Iraq et al., v. Robert Simon et al.*, n^{os} 07-1090 et 08-539, 8 juin 2009, disponibles sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.supremecourtus.gov/opinions/08pdf/07-1090.pdf>

depuis mai 2003, lorsque le président décida que le paragraphe 1605 a) 7) ne s'appliquait pas à l'Iraq.

3. L'application dans le temps des règles en matière d'immunité des Etats

4.43. D'après l'Allemagne, en refusant l'immunité pour des faits remontant à la période allant de 1943 à 1945, la Corte di Cassazione aurait à tort fait une application rétroactive de la doctrine élargie de l'immunité restreinte¹⁰⁷. Partant du principe selon lequel «les règles régissant les faits de la vie internationale doit être appréciées selon le droit en vigueur lors de la survenance de ces faits», l'Allemagne conclut que les juges italiens devraient appliquer les règles en matière d'immunité souveraine qui étaient en vigueur lors de la survenance des faits dommageables, c'est-à-dire au cours de la seconde guerre mondiale¹⁰⁸.

4.44. La question de l'application dans le temps des règles matérielles du droit international en l'espèce est examinée dans plusieurs parties du présent contre-mémoire et, en particulier, au chapitre V. Comme il est affirmé dans la section V du chapitre premier, l'Italie estime que la conclusion qui y est formulée, selon laquelle le droit international doit être interprété à la lumière de l'évolution de l'ordre juridique international, est également valable en ce qui concerne la règle de l'immunité juridictionnelle. De surcroît, l'immunité constitue une règle de procédure¹⁰⁹ qui affecte la compétence d'une juridiction et, conformément à un principe général du droit, elle doit être appréciée selon les règles en vigueur lors de la saisine du tribunal. Tant la pratique nationale que la pratique internationale vont l'appui de cette affirmation.

57

4.45. Le Code de procédure civile italien prévoit expressément, en son article 5, que

«[l]e pouvoir juridictionnel et la compétence seront déterminés au regard du droit en vigueur et de la situation de fait existant lors du dépôt de la demande...¹¹⁰».

En Allemagne, la question de l'application dans le temps des lois de procédure (*Intertemporales Prozessrecht*) est généralement tranchée en faveur de l'application des règles nouvelles pertinentes. Même les affaires pendantes devraient être examinées selon les règles nouvelles à compter de l'entrée en vigueur de la loi modificative. Néanmoins, la confiance légitime des demandeurs est protégée. En effet, si une action était recevable lors du dépôt de la demande mais devient irrecevable en vertu de la loi nouvelle, c'est la loi ancienne qui reste applicable¹¹¹. En droit français, il n'existe pas de disposition en la matière, mais on retient le principe général selon lequel la compétence du tribunal est appréciée en se plaçant au jour du dépôt de la demande¹¹².

4.46. En matière d'immunité juridictionnelle, c'est également l'application de ce principe qui a caractérisé la pratique pertinente. L'Allemagne semble croire que l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Altmann c. Autriche* soit l'unique exemple d'une application de la doctrine

¹⁰⁷ MA, par. 91 et s.

¹⁰⁸ MA, par. 93 et s.

¹⁰⁹ Voir l'arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2002, par. 60.

¹¹⁰ «Art. 5 (Momento determinante della giurisdizione e della competenza) — La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda...»

¹¹¹ H.-J. Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (2007), Einleitung, n° 13.

¹¹² Voir *infra*, § 4.48.

de l'immunité restreinte à des faits remontant à la période de la seconde guerre mondiale¹¹³. L'Italie ne partage pas cet avis. L'arrêt *Altmann* est loin de constituer un cas isolé, bien au contraire.

58

4.47. Indépendamment de la conclusion à laquelle sont arrivés les juges dans des affaires où la question de l'immunité des Etats étrangers en cas d'atteintes graves aux droits de l'homme et au droit humanitaire s'est posée, les juridictions ont généralement examiné la question en se plaçant au moment de l'action en justice, et non pas à l'époque des faits dommageables d'origine. Il convient de noter que cela vaut en particulier dans les cas d'actions en justice contre l'Allemagne pour des crimes commis au cours de la seconde guerre mondiale. Dans l'affaire *Princz c. République fédérale d'Allemagne*, la Cour d'appel pour le District de Columbia a accordé l'immunité à l'Allemagne en appliquant le Foreign Sovereign Immunities Act de 1976¹¹⁴. Dans l'affaire *Distomo*, l'*Areios Pagos* grec a appliqué expressément ce qu'il considérait comme étant le droit international en vigueur au moment où il statuait, en tenant compte de l'évolution du droit international général et de celle de la règle de l'immunité des Etats¹¹⁵. La même remarque peut être faite à propos de la décision de la Cour suprême spéciale grecque dans l'affaire *Margellos*¹¹⁶. Si la Cour a accordé l'immunité à l'Allemagne, c'est parce qu'elle estimait qu'«en l'Etat actuel de l'évolution du droit international», il n'existait pas de règle coutumière du droit international selon laquelle les crimes commis par les forces armées seraient exclus du champ d'application du droit de l'immunité des Etats, et non pas parce qu'elle avait appliqué la règle sur l'immunité telle qu'elle était en vigueur à l'époque des crimes.

4.48. Dans deux affaires concernant des personnes ayant été déportées et assujetties au travail forcé par l'Allemagne au cours de la seconde guerre mondiale, la *Cour de cassation* française a accordé l'immunité à la République fédérale d'Allemagne, tout en soulignant que

«le bénéficiaire de celle-ci [l'immunité] est l'Etat étranger tel qu'il se présente au moment de l'assignation en justice, en l'occurrence, la République fédérale d'Allemagne, et non tel qu'il était à l'époque des actes ou faits litigieux¹¹⁷».

4.49. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme confirme l'idée selon laquelle l'époque des actes ou faits dommageables litigieux est sans importance lorsqu'il s'agit de déterminer la règle applicable en matière d'immunité. Les arguments à l'appui de cette décision sont à peu près identiques dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*¹¹⁸, où la procédure judiciaire avait immédiatement suivi les faits dommageables, et dans les affaires *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*¹¹⁹ ou *Grosz c. France*¹²⁰, concernant des crimes commis au cours de la seconde guerre mondiale. Dans tous ces arrêts, la Cour européenne a recherché l'Etat actuel des règles de droit international applicables en matière d'immunité des Etats. Dans l'arrêt *Grosz*

¹¹³ MA, par. 96 *et s.*

¹¹⁴ Arrêt du 1^{er} juillet 1994, in 103 *ILR* (1996), p. 606.

¹¹⁵ MA, annexe 9.

¹¹⁶ Anotato Eidiko Dikastirio, *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany*, affaire n° 6/2002, arrêt du 17 septembre 2002, in 129 *ILR* (2007), p. 526 *et s.*

¹¹⁷ Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, arrêts du 2 juin 2004, pourvoi n° 03-41851, et du 3 janvier 2006, pourvoi n° 04-47504, disponibles à l'adresse suivante : <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>.

¹¹⁸ Requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001.

¹¹⁹ Requête n° 59021/00, arrêt du 12 décembre 2002.

¹²⁰ Requête n° 14717/06, décision du 16 juin 2009.

c. *France*, l'accent sur l'Etat actuel du droit est tellement intense que la Cour semble se sentir obligée de souligner que sa conclusion

59 «vaut du moins *en l'Etat actuel du droit international public*, ce qui n'exclut pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel¹²¹».

4.50. Il convient enfin de noter que l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens définit la non-rétroactivité de la Convention de la manière suivante :

«la présente Convention [...] 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 entre les Etats concernés».

A la lecture de cet article, il semble évident que le moment devant être pris en compte pour déterminer la règle applicable en matière d'immunité des Etats est celui de l'introduction de l'action en justice, et non pas celui des faits litigieux.

C. Conclusion

4.51. L'immunité juridictionnelle des Etats étrangers ne constitue pas une règle absolue ou impérative du droit international. Au contraire, elle fait en permanence l'objet de limitations et doit être interprétée en tenant compte de l'évolution du droit international actuel. Le champ d'application des exceptions à l'immunité devient de plus en plus large et, dans certains cas, l'immunité est également écartée pour des actes *jure imperii*. Le nombre des exceptions est si important et leur champ d'application est si large que les auteurs commencent «à croire que l'immunité n'est en principe pas accordée», sauf dans des cas exceptionnels :

«Une exception à la règle normale en matière de compétence ne doit être admise que lorsque le droit international l'exige, c'est-à-dire *lorsqu'elle est conforme à la justice et à la protection équitable des parties*. Elle ne doit pas être admise "de plein droit"¹²²».

60 4.52. Les exceptions à l'immunité ont pour fonction de sauvegarder deux des principes les plus importants du droit international actuel, à savoir le respect des droits individuels et celui des principes de l'Etat de droit. C'est dans ce contexte et à la lumière de ces principes fondamentaux que doit être appréciée l'évolution de l'immunité et des exceptions à cette dernière.

4.53. Cette restriction progressive du cercle des activités de l'Etat bénéficiant de l'immunité intervient également sous l'impulsion de certains développements récents du droit international. Dans la section suivante, l'Italie analysera les incidences de ces développements sur les règles en matière d'immunité.

¹²¹ Requête n° 14717/06, arrêt du 16 juin 2009, p. 7 (c'est nous qui soulignons).

¹²² R. Higgins, «Certain Unresolved Aspects of the law of State Immunity», in 29 *Netherlands International Law Review* (1982), p. 271 (c'est nous qui soulignons).

Section III. Les principes en matière d'immunité des Etats dans le contexte de l'évolution du droit international

4.54. Jusqu'ici, l'Italie a décrit l'évolution «interne» dont le droit de l'immunité des Etats a fait l'objet en vue d'assurer la protection des droits individuels. Dans la présente section, le droit de l'immunité des Etats sera étudié par rapport à d'autres règles du droit international.

4.55. En particulier, l'Italie examinera, dans les paragraphes suivants, les incidences qu'ont sur la règle en matière d'immunité certains développements du droit international, tels que (A) la reconnaissance de certaines règles internationales ayant la valeur de *jus cogens* ; (B) l'existence d'un corps de règles pénalisant le comportement des personnes responsables de certains crimes internationaux, et, enfin, (C) l'acceptation récente de l'existence d'un droit des personnes à l'accès aux tribunaux. L'Italie établira que, lorsque la mise en œuvre des droits fondamentaux des êtres humains ne peut être assurée par aucun autre moyen, la reconnaissance de l'immunité peut être tenue en échec par la nécessité d'éviter des situations qui semblent inconciliables avec l'effectivité des valeurs fondamentales de la communauté internationale.

A. Le *jus cogens*

61 4.56. D'après l'Allemagne, le refus de l'immunité dans des affaires liées à des dommages subis par des victimes des atrocités nazies lors de la seconde guerre mondiale serait la conséquence d'une invocation erronée du *jus cogens*¹²³. L'affirmation de l'Allemagne repose principalement sur deux points. Premièrement, elle affirme que «le *jus cogens* n'existait pas à l'époque où étaient survenues les violations sur lesquelles les demandeurs cherchent à fonder leurs prétentions¹²⁴». Deuxièmement, l'Allemagne soutient qu'«il n'existe pas de régime spécifique d'ensemble en matière de violations de règles de *jus cogens*» et que le refus de l'immunité représente une conséquence qui ne saurait être librement déduite de la violation d'une règle de *jus cogens*¹²⁵. D'après l'Italie, ces deux arguments ne sont valables et pertinents qu'en partie.

4.57. Premièrement, l'Italie établira que le concept de *jus cogens* avait déjà fait son apparition avant la seconde guerre mondiale et, en particulier, qu'il comprenait des règles concernant le traitement des prisonniers de guerre. Deuxièmement, l'Italie démontrera que le *jus cogens* a des incidences sur la manière dont l'immunité doit être mise en œuvre.

4.58. L'idée d'un ordre public international ayant pour fonction de protéger les valeurs générales et les préoccupations communes de la communauté internationale remonte à Grotius, Vitoria et Wolff et n'a jamais disparu suite à de l'essor de la doctrine positiviste¹²⁶. Il convient de noter ce type de règles sont bien souvent associées aux droits de l'homme et aux principes humanitaires tels que la reconnaissance internationale de la prohibition de l'esclavage et de la traite des esclaves, ou la protection des soldats blessés dès l'adoption de la première convention de Genève en 1864.

¹²³ MA, par. 83-90.

¹²⁴ MA, par. 85.

¹²⁵ MA, par. 87.

¹²⁶ Pour des références, voir S. Kadelbach, «Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules — The identification of Fundamental Norms», in *The Fundamental Rules of International Legal Order*, C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (sous la dir. de) (Leyde, 2006), p. 21 et s.

4.59. L'idée de principes d'une valeur supérieure a été reprise pendant l'entre-deux-guerres. Dans son opinion individuelle dans l'affaire *Oscar Chinn*, le juge Schücking a affirmé l'existence de règles de *jus cogens* en droit international et a déclaré que la Cour permanente de justice internationale «n'appliquerait [jamais] une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs¹²⁷».

62

4.60. L'idée selon laquelle les traités «immoraux» ne seraient pas valables était partagée par la doctrine. Verdross estimait que «le principe général interdisant aux Etats de conclure des traités contraires aux bonnes mœurs», c'est-à-dire «contraires à l'éthique» de la communauté, constituait une règle impérative du droit international général déterminant les limites de la liberté des parties de conclure des traités¹²⁸. Pour déterminer si un traité devrait être considéré comme immoral, il a proposé un critère consistant à «trouver le *minimum éthique* reconnu par tous les Etats de la communauté internationale». Parmi ces principes éthiques minimaux, l'un des plus importants était le droit de l'Etat de protéger «la vie, la liberté, l'honneur ou les biens des personnes sur son territoire»¹²⁹.

4.61. De même, les travaux de la Commission du droit international sur la codification du droit des traités vont à l'appui de l'idée selon laquelle des principes de droit international «non susceptibles de dérogation» existaient avant la seconde guerre mondiale¹³⁰. Quant au contenu des règles de *jus cogens*, les exemples donnés par le Rapporteur spécial Sir Fitzmaurice sont révélateurs. Il a en effet affirmé que

«[I]a plupart des cas de cette catégorie sont des *cas qui intéressent la situation de l'individu* et dans lesquels les *règles* enfreintes ont été *établies pour la protection de l'individu*¹³¹».

Le premier exemple d'une telle règle, ayant «un caractère absolu et qu'il est impossible d'écarter», est celui de la règle concernant le traitement des prisonniers de guerre¹³².

4.62. Le fait que même avant la seconde guerre mondiale, les dispositions concernant le traitement des prisonniers n'étaient pas susceptibles de dérogation semble universellement reconnu. Cela est attesté par le paragraphe 1 de l'article 6 de la III^e convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre de 1949, selon lequel «[a]ucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des prisonniers, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde». En dépit du fait que la Convention de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre ne contenait pas une telle disposition, la référence faite à l'article 83 à des «mesures plus favorables» avait été interprétée de manière catégorique comme

¹²⁷ *C.P.J.I.*, arrêt du 12 décembre 1934, série A/B n° 63, p. 149-150.

¹²⁸ A. von Verdross, «Forbidden Treaties in International Law», in 31 *American Journal of International Law* (1937), pp. 571-577, à la p. 572; *id.*, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des Cours*, vol. 30 (1929), p. 304.

¹²⁹ A. von Verdross, «Forbidden Treaties in International Law», p. 574.

¹³⁰ Voir H. Lauterpacht, *Report on the Law of Treaties*, ACIDI 1953, vol. II, p. 154.

¹³¹ G. Fitzmaurice, *Troisième rapport sur le droit des traités*, ACIDI 1958, vol. II, p. 42 (c'est nous qui soulignons).

¹³² *Ibid.*

63 excluait la possibilité pour l'Etat de priver les prisonniers des droits conférés par la Convention¹³³. Comme il sera exposé en détail au chapitre V¹³⁴, le fait que les normes protégeant les prisonniers de guerre n'étaient pas susceptibles de dérogation au cours de la seconde guerre mondiale est reconnu même dans l'avis rédigé à l'intention du Gouvernement allemand par le professeur Tomuschat¹³⁵.

4.63. Le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord du 8 août 1945 qualifiait de crimes de guerre les violations des lois et coutumes de la guerre¹³⁶. Le Tribunal jugea qu'en 1939, les règles humanitaires figurant dans le règlement annexé à la IV^e convention de La Haye de 1907 «étaient admises par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre¹³⁷».

En 1946, la résolution 95(I) de l'Assemblée générale de l'ONU a confirmé les principes de Nuremberg en ce qui concerne les crimes internationaux. Même si le contexte était celui de la responsabilité pénale individuelle, et non pas celui de la responsabilité de l'Etat et de la définition du *jus cogens*, on ne saurait nier que la pénalisation des violations du droit humanitaire commises au cours de la seconde guerre mondiale exprime l'idée que ces violations étaient déjà considérées à l'époque comme portant atteinte aux valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale.

Il est révélateur à cet égard que dans le projet du texte du deuxième alinéa de l'article 13 déterminant les conditions dans lesquelles les traités doivent être considérés comme contraires au *jus cogens*, le rapporteur spécial M. Waldock ait proposé la définition suivante :

«[e]st incompatible avec le droit international et nul tout traité dont l'objet ou l'exécution suppose ... b) [t]out acte ou omission que le droit international considère comme crime international; ou c) [t]out acte ou omission à la répression ou au châtement desquels tout Etat est tenu, en vertu du droit international, de coopérer»¹³⁸.

64 4.64. En outre, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a affirmé qu'un grand nombre de règles du droit international humanitaire «constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier»¹³⁹.

¹³³ Dans son *commentaire* de l'article 6 de la Troisième convention de 1949, le CICR rappelle le cas des prisonniers français en Allemagne. Cédant aux offres du Gouvernement allemand, d'accord avec le Gouvernement français de Vichy, ces prisonniers abandonnèrent, en échange de certains avantages matériels, plusieurs de leurs prérogatives, ce qui entraîna finalement pour eux d'assez graves inconvénients. D'après le CICR, «[q]uoique moins explicite que [l'article 6, alinéa premier de la convention de 1949], l'article 83 de la convention de 1929 eût dû, semble-t-il, interdire de tels accords.

¹³⁴ Voir *infra*, par. 5.19.

¹³⁵ *Leistungsberechtigung der Italienischen Militärinternierten nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“? Rechtsgutachten*, erstattet von Professor Dr. Christian Tomuschat, Annexe X.

¹³⁶ Statut du Tribunal militaire international, art. 6, deuxième alinéa.

¹³⁷ *Procès des grands criminels de guerre*, 14 novembre 1945-octobre 1946, Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 267.

¹³⁸ H. Waldock, *Deuxième rapport sur le droit des traités*, ACIDI 1963, vol. II, p. 54. Le commentaire est également révélateur : «si un traité envisage l'exécution d'un acte qui est criminel au regard du droit international, son objet est manifestement illicite... Si le droit international, notamment en ce qui concerne la traite des esclaves, la piraterie et le génocide, impose à tous les Etats l'obligation générale de coopérer à la répression et au châtement de certains actes, tout traité qui envisage ou tolère ces actes doit de toute évidence être entaché d'illégalité.» (*Ibid.*, p. 55.)

¹³⁹ *C.I.J. Recueil 1996*, p. 257, par. 79.

A l'appui de cette conclusion, la Cour a cité exactement le même passage de l'arrêt du Tribunal de Nuremberg que celui qui a été mentionné ci-dessus. La Cour a donc confirmé le lien existant entre les crimes internationaux et le *jus cogens*, qui a été mis en évidence ci-dessus.

4.65. On voit donc bien que, même à l'époque la seconde guerre mondiale, l'idée de valeurs supérieures, impératives et non susceptibles de dérogation, partagées par la communauté internationale, existait déjà. Ces valeurs ont incontestablement été bafouées par les crimes commis par l'Allemagne. Cette dernière reconnaît elle-même la gravité des crimes en question par la loi du 2 août 2000 instituant la Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir». De surcroît, l'Allemagne reconnaît de manière inconditionnelle que «des violations très graves, voire des crimes, furent commis par ses forces d'occupation en Italie¹⁴⁰».

4.66. Néanmoins, le débat sur l'existence et l'étendue du concept de *jus cogens* au cours de la seconde guerre mondiale semble en l'espèce assez stérile. En réalité, le problème ne porte pas sur la manière dont les violations commises par l'Allemagne devaient être qualifiées à l'époque. Il consiste à savoir si le déni de justice absolu et le refus de toute forme de réparation aux victimes de faits qui étaient indéniablement interdits par le droit international coutumier à l'époque de leur commission, et qui constituent incontestablement de nos jours des violations du *jus cogens*, sont compatibles avec le concept actuel de *jus cogens*.

65 4.67. Cette dernière considération soulève également certaines critiques quant au deuxième argument avancé par l'Allemagne. Celui-ci repose sur la distinction incontestable entre les règles primaires, dont le caractère impératif est reconnu, interdisant certaines violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'homme, et les règles secondaires ayant trait aux conséquences de la violation desdites règles primaires. L'Allemagne soutient qu'il n'existerait pas de conflit entre les règles impératives du droit international humanitaire interdisant la déportation, le travail forcé ou le massacre de la population civile, et la règle générale de nature coutumière accordant à l'Etat l'immunité de juridiction, parce que ces deux règles auraient un contenu totalement différent. Cet argument, qui a déjà été avancé en doctrine par Zimmermann¹⁴¹ et Bröhmer¹⁴², est incontestable du point de vue formel, mais il est plutôt dénué de pertinence en l'espèce. En réalité, la jurisprudence italienne n'est pas fondée sur la primauté *formelle*, à priori, des règles primaires concernant le *jus cogens* sur les règles procédurales ayant trait à l'immunité. L'Italie ne prétend pas d'une manière générale que les juridictions nationales seraient compétentes lorsqu'elles seraient saisies d'une demande découlant de la violation d'une règle de *jus cogens*. Elle partage pleinement l'avis de l'Allemagne selon lequel une telle exception générale à l'immunité ne trouve pas encore de confirmation dans la pratique internationale et ne saurait être déduite sur le plan théorique du fait que la règle violée a la valeur de *jus cogens*. L'Italie souscrit à l'idée selon laquelle la règle sur les immunités et les règles de *jus cogens* dans le domaine des droits de l'homme et du droit international humanitaire peuvent généralement coexister au sein du système juridique international. Néanmoins, il existe une incohérence *de fond* au sein du système juridique si l'immunité est utilisée par un Etat responsable de violations graves du droit international dans le but de se soustraire à sa responsabilité.

4.68. L'incohérence d'un système juridique qui considère les droits de l'homme et la dignité humaine comme étant ses valeurs suprêmes consacrées par des règles de *jus cogens* et, dans le

¹⁴⁰ MA, par. 59.

¹⁴¹ A. Zimmermann, «Sovereign Immunity and Violation of International Jus Cogens. Some Critical Remarks», 16 *Michigan Journal of International Law* (1995), p. 438.

¹⁴² J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights* (La Haye, 1997), p. 195.

même temps, protège les responsables de violations de ces règles en leur accordant l'immunité, constitue le postulat de base de nombreuses théories concernant le rapport entre l'immunité des Etats et les règles de *jus cogens*. Toutes ces doctrines, dont l'écho peut également être constaté dans certaines opinions judiciaires, examinent la manière dont le *jus cogens* peut empêcher un Etat de se prévaloir de l'immunité.

4.69. Ces théories reposent sur deux idées principales. Selon la première, la violation de règles impératives du droit international ne saurait être considérée comme un acte souverain. Cette idée a été exprimée depuis 1989 par les professeurs Belsky, Roth-Arriaza et Merva :

«l'existence d'un système de règles que les Etats ne sauraient violer [c'est-à-dire le *jus cogens*] implique que lorsqu'un Etat a agi en violation d'une telle règle, l'acte ne soit pas reconnu comme étant un acte souverain. Lorsqu'un acte de l'Etat n'est plus reconnu comme étant souverain, l'Etat n'a plus le droit de se prévaloir de la protection de l'immunité souveraine.»¹⁴³

66 Sur la base d'une idée analogue, Mme le Professeur Kokott a déclaré que la perte de l'immunité était la conséquence de l'«abus de souveraineté» causé par la violation des droits fondamentaux¹⁴⁴. En effet, l'immunité souveraine ne saurait être invoquée lorsque la souveraineté est utilisée à des fins criminelles.

4.70. Cette idée a été appliquée pour la première fois par la Cour de district des Etats-Unis pour le District de Columbia dans l'affaire *Princz c. République fédérale d'Allemagne*. La Cour a jugé que

«le Federal [Ndt. : lire «Foreign»] Sovereign Immunity Act [c'est-à-dire l'immunité] n'a aucun rôle à jouer lorsque les actions concernent des actes de barbarie incontestables [Ndt. : l'auteur a utilisé le mot «undisputable», alors que le texte original de l'arrêt Princz emploie l'adjectif «undisputed» = incontestés] commis par un ancien *Etat hors la loi*»¹⁴⁵.

et

«une nation qui ne respecte pas les droits civils et les droits de l'homme d'un citoyen américain n'est pas autorisée à invoquer le droit des Etats-Unis pour empêcher le citoyen de faire valoir ses droits»¹⁴⁶.

En dépit du libellé de la décision, portant sur le droit interne des Etats-Unis, l'argument serait également valable en ce qui concerne les règles internationales en matière d'immunité internationale. Même si l'arrêt de la Cour de district a été annulé par la Cour d'appel, il convient de noter que le juge de circuit Wald considérait dans son opinion dissidente que

¹⁴³ A. Belsky, N. Roth-Arriaza, M. Merva, «Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for violation of Peremptory Norms of International Law», 77 *California Law Review* (1989), p. 394.

¹⁴⁴ J. Kokott, «Mißbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen», in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt* (Berlin, 1995), p. 135-151.

¹⁴⁵ Arrêt du 23 décembre 1992, in 103 *ILR* (1996), p. 598 et suiv., à la p. 601.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 602.

«la manière dont M. Princz a été traité par l'Allemagne a violé les règles de *jus cogens* du droit des nations et, au travers de ce comportement, l'Allemagne a implicitement renoncé à son immunité de juridiction»¹⁴⁷.

4.71. Cette théorie a également été retenue par la majorité des juges de la Cour suprême grecque dans l'affaire *Distomo. L'Areios Pagos* a jugé que

67

«l'Etat défendeur ne saurait se prévaloir de son droit à l'immunité, auquel il a tacitement renoncé puisque les faits à raison desquels il avait été assigné en justice ont été commis par ses organes en violation des règles de *jus cogens* ... et n'avaient pas la nature d'actes de puissance souveraine»¹⁴⁸.

Il est vrai que quelques années plus tard, dans une affaire similaire, la Cour suprême spéciale grecque a jugé que l'Allemagne bénéficiait de l'immunité¹⁴⁹. Il convient néanmoins de noter que cette conclusion n'avait réuni qu'une majorité de six voix contre cinq.

4.72. La seconde idée principale tient au fait que les Etats responsables de violations de règles de *jus cogens* ne seraient plus en droit de bénéficier de l'immunité souveraine en raison de la supériorité desdites règles dans la hiérarchie des normes¹⁵⁰. Cette théorie avait été soutenue par une minorité de huit juges contre cinq dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* à la Cour européenne des droits de l'homme, et il est significatif que cette minorité ait réuni la quasi-totalité des membres de la Cour qui étaient des spécialistes en droit international. Dans leur opinion dissidente, les juges Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić ont déclaré :

«Dès lors, si l'on admet que la prohibition de la torture a valeur de *jus cogens*, un Etat qui l'aurait enfreinte ne peut exciper de règles de rang inférieur (en l'occurrence, celles relatives à l'immunité des Etats) pour se soustraire aux conséquences de l'illégalité de ses actions... La norme de *jus cogens* prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des Etats étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des Etats se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique.»¹⁵¹

68

4.73. Quels que soient la valeur et le résultat final de ces opinions, la reconnaissance accrue des intérêts et des droits individuels en droit international a déjà donné lieu à une application restrictive de la théorie de l'immunité en matière commerciale. Comme l'a fait observer la *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Mantelli*, il serait assez *paradoxal* que le système juridique international, qui autorise l'exercice du pouvoir juridictionnel en matière civile à l'égard des Etats étrangers en cas de violation d'obligations contractuelles, exclue l'exercice de ce pouvoir en

¹⁴⁷ Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1^{er} juillet 1994, Wald, Circuit Judge, dissenting, in 103 *ILR* (1996), p. 614.

¹⁴⁸ *Areios Pagos, Préfecture de Voiozia c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° 11/2000, 4 mai 2000, *ILR* vol. 129 (2007), p. 514-524, à la p. 521 (MA, annexe 9).

¹⁴⁹ *Anotato Eidiko Dikastirio, Margellos et autres c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n° 6/2002, arrêt du 17 septembre 2002, *ILR*, vol. 129 (2007), p. 526 et suiv.

¹⁵⁰ M. Reimann, «A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany», 16 *Michigan Journal of International Law* (1995), p. 407. J. A. Gergen «Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities», 36 *Virginia Journal of International Law* (1996), p. 765.

¹⁵¹ Requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, Opinion dissidente commune à MM. les Juges Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier MM. les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Mme le juge Vajić, par. 3.

présence de violations beaucoup plus graves, comme celles qui constituent des crimes contre l'humanité et représentent le point de rupture en matière d'exercice admissible de la souveraineté¹⁵². Prétendre le contraire équivaudrait à utiliser une simple règle procédurale en vue de réaliser un objectif d'une injustice extrême.

4.74. En outre, pour ce qui est de l'incompatibilité mise en évidence par la jurisprudence italienne dans les cas des demandes d'indemnisation introduites par des déportés italiens, des travailleurs forcés italiens et les parents de civils italiens massacrés lors des représailles, il ne s'agit pas d'une incompatibilité de forme, mais de fond. L'Italie ne se prévaut pas de l'incompatibilité *in abstracto* entre le droit de l'immunité et le droit humanitaire, mais du fait que le droit de l'immunité ne saurait être appliqué de manière à faire échec à la mise en œuvre de certaines valeurs et de certains principes humanitaires des plus fondamentaux, partagés par la communauté internationale et reconnus comme tels par les règles de *jus cogens*¹⁵³.

4.75. Afin de clarifier ce point, il est utile de procéder à une comparaison entre les affaires italiennes et la jurisprudence similaire aux Etats-Unis. L'exemple le plus connu d'une action civile en réparation des préjudices découlant des atrocités commises par l'Allemagne nazie est l'affaire *Princz*. Dans cette affaire, la République fédérale d'Allemagne était poursuivie par un citoyen américain d'origine juive qui avait été interné dans un camp de concentration. La Cour de district pour le District de Columbia avait refusé l'immunité¹⁵⁴. La Cour d'appel a annulé cet arrêt et a affirmé que «l'existence d'une violation du *jus cogens* n'avait pas pour effet de conférer la compétence en vertu du FSIA¹⁵⁵». Il convient de souligner deux aspects essentiels par lesquels l'affaire *Princz* diffère profondément des procès italiens. Premièrement, la question de savoir si M. Princz aurait pu bénéficier d'un programme d'indemnisation en Allemagne était discutable. Deuxièmement, il importe d'insister sur le point que le litige a finalement été réglé moyennant un accord entre l'Allemagne et les Etats-Unis en vue de l'indemnisation de M. Princz et d'autres citoyens des Etats-Unis qui avaient été victimes de la persécution nazie. En vertu de l'accord, qui a été signé le 19 septembre 1995, le Gouvernement allemand a versé 3 millions de DM qui devaient être répartis par le Département d'Etat entre M. Princz et les autres victimes¹⁵⁶. Ainsi, en dépit du fait que l'immunité avait été accordée, l'Allemagne s'était sentie obligée d'indemniser même des personnes qui n'avaient pas essayé de demander réparation aux autorités allemandes.

69

4.76. Dans la majorité des procès américains où la question du refus de l'immunité à un Etat en raison d'une violation de règles de *jus cogens* et, en particulier, des droits de l'homme, était soulevée, la procédure s'est terminée par une forme d'indemnisation des personnes. Dans l'affaire *Letelier c. Chili* (concernant le meurtre extrajudiciaire de M. Letelier et de son interprète par les services secrets chiliens sur le territoire des Etats-Unis), la Cour de district pour le District de Columbia s'est reconnue compétente et a refusé l'immunité au Chili en considérant qu'un pays étranger

¹⁵² MA, annexe 13.

¹⁵³ Pour une analyse de la jurisprudence italienne non pas comme étant la conséquence de la supériorité de forme des règles de *jus cogens*, mais comme le résultat de l'importance qui doit être accordée *sur le fond* à la valeur de la protection des droits de l'homme, voir P. De Sena, F. De Vittor, «State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case», in 16 *European Journal of International Law* (2005), p. 89-112.

¹⁵⁴ Voir ci-dessus, par. 4.70.

¹⁵⁵ Arrêt du 1^{er} juillet 1994, 26 F 3d 1166 (1994), in 103 *ILR* (1996), p. 610.

¹⁵⁶ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany concerning Final Benefits to Certain United States Nationals Who Were Victims of National Socialist Measures of Persecution* [Accord entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant l'indemnisation définitive de certains ressortissants des Etats-Unis ayant été victimes de mesures de persécution national-socialistes], Bonn, 19 septembre 1995, 35 *ILM* (1996), p. 193 et suiv.

«ne joui[ssait] pas du «pouvoir discrétionnaire» de commettre des actes ayant pour objectif l'assassinat d'une ou plusieurs personnes, de tels actes étant manifestement contraires aux préceptes de l'humanité»¹⁵⁷.

Dans cette affaire, la Cour de district a condamné le Chili à indemniser les proches des victimes. Le Chili, tout en refusant d'exécuter la décision car il la considérait comme une violation du droit international des immunités, a consenti à offrir aux victimes une indemnisation *ex gratia*¹⁵⁸. Dans l'affaire *Siderman de Blake et autres c. République d'Argentine* (concernant des actes de torture et d'autres actes de violence commis par des officiers argentins sur leur propre territoire), la Cour d'appel pour le 9^e Circuit a nié l'existence d'une exception à l'immunité des Etats fondée sur le *jus cogens*, mais a fini par reconnaître la compétence pour d'autres raisons d'ordre procédural¹⁵⁹. Dans cette affaire également, l'Argentine n'a pas reconnu la décision, mais a finalement indemnisé M. Siderman en vertu d'une transaction¹⁶⁰.

70

4.77. L'Italie estime que le droit international des immunités doit être interprété et appliqué d'une manière conforme aux valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale et consacrées par des règles impératives du droit international. Une interprétation systémique du système juridique international — c'est-à-dire conforme à la hiérarchie des normes — n'implique pas le refus de l'immunité aux Etats à chaque fois qu'il y aurait une violation de règles de *jus cogens*. Néanmoins, les Etats ne sauraient se prévaloir de l'immunité de juridiction pour se soustraire à leur responsabilité et refuser aux personnes toute forme de réparation et d'indemnisation. La pratique ci-dessus rapportée confirme la conclusion selon laquelle l'octroi de l'immunité ne semble équitable que lorsque d'autres mécanismes d'indemnisation sont disponibles. A défaut, le refus de l'immunité semble être le seul moyen permettant d'assurer la cohérence du système juridique international.

B. Le droit international pénal

4.78. Dans la présente section, l'Italie analysera les incidences de l'évolution du droit international pénal sur les règles en matière d'immunité. L'Italie cherchera en particulier à savoir si la limitation de l'immunité fonctionnelle des organes de l'Etat responsables de crimes internationaux est également susceptible d'affecter l'immunité des Etats.

4.79. L'une des principales caractéristiques du droit international actuel tient au développement du droit international pénal et à l'idée que les agents de l'Etat répondent toujours de leurs crimes internationaux, quand bien même ces crimes auraient été commis dans l'exercice de fonctions souveraines.

4.80. Depuis la mise en place du Tribunal de Nuremberg et l'approbation des principes de Nuremberg, la situation officielle des personnes accusées de crimes internationaux «ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine»

¹⁵⁷ Arrêt du 11 mars 1980, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980), in 63 *ILR* (1982), p. 378-390, p. 388.

¹⁵⁸ Voir *Agreement between the United States and Chile with regard to the dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt* (Washington, 11 janvier 1992), in 31 *ILM* (1992), p. 3; et Chile-United States Commission convened under the 1914 Treaty for the settlement of disputes, *Decision with regard to the dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt* [Commission entre le Chili et les États-Unis mise en place en vertu du traité de 1914 pour le règlement des différends, Décision sur le différend concernant la responsabilité à la suite de la mort de MM. Letelier et Moffitt], *ibid.*, p. 9.

¹⁵⁹ Arrêt du 22 mai 1992, 965 F.2d 699 (1992), in 103 *ILR* (1996), p. 454-479.

¹⁶⁰ T. Golden, «Argentina Settles Lawsuit by a Victim of Torture», in *N.Y. Times*, 14 septembre 1996, p. 6.

(article 7 du Statut du Tribunal militaire international). Le fait que ces personnes aient agi conformément aux instructions de leurs supérieurs ne saurait davantage les dégager pas de leur responsabilité (article 8).

71

4.81. L'immunité fonctionnelle des organes de l'Etat responsables de crimes contre l'immunité ou de violations de règles de *jus cogens* a été considérée comme dénuée de pertinence non seulement devant la Cour pénale internationale, mais également devant les juridictions nationales, et ce aussi bien dans des affaires pénales¹⁶¹ que dans le cadre de procès civils¹⁶². Il s'agit là d'un autre contexte important dans lequel l'immunité des Etats doit être réexaminée. En réalité, l'«immunité fonctionnelle» et l'immunité des Etats expriment la même obligation internationale de s'abstenir de l'exercice du pouvoir de juridiction à l'égard des Etats étrangers par rapport aux actes souverains de ces derniers. La justification la plus courante de l'«immunité fonctionnelle» tient au fait que l'acte en question n'est pas imputable à la personne physique, mais directement à l'Etat. En conséquence, il a été affirmé que si le gouvernement pouvait se prévaloir de l'immunité souveraine pour ses actes souverains, il ne semblerait pas surprenant que la même immunité puisse être invoquée par ses agents¹⁶³.

4.82. Au vu du lien étroit existant entre l'immunité fonctionnelle et l'immunité des Etats, il semble également légitime de se référer à la pratique concernant le châtement des agents de l'Etat responsables de crimes internationaux, et d'en déduire la possibilité que les Etats étrangers soient également soumis au pouvoir de juridiction¹⁶⁴.

4.83. La raison principale de l'évolution du droit international pénal dans le sens du châtement des agents responsables de crimes internationaux, quels que soient le lieu de la commission des crimes ou la nationalité des victimes, tient à la nécessité de ne pas laisser impunis des actes contraires aux valeurs fondamentales de la communauté et affectant la dignité inhérente à tout être humain. Comme l'a souligné le rapporteur spécial M. Ago dans son *Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats*,

72

«Si ... nous tenons à mentionner le fait que les organes de l'Etat auteurs de certains agissements ont été rendus passibles d'une punition à titre personnel, c'est surtout [parce que] ce fait, comme tel, témoigne indéniablement de l'importance exceptionnelle attribuée aujourd'hui par la communauté internationale au respect d'obligations déterminées. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les obligations pour la violation desquelles on a prévu, dans les formes indiquées, le châtement personnel de

¹⁶¹ Voir notamment Cour suprême d'Israël, affaire *Eichmann*, arrêt du 29 mai 1962, in 36 *ILR* (1968), p. 277-342 ; Chambre des Lords, *Ex parte Pinochet*, arrêt du 24 mars 1999, in 38 *ILM* (1999), p. 581-663.

¹⁶² Les exemples les plus connus peuvent être trouvés dans la jurisprudence des Etats-Unis. Voir notamment Federal Court of Appeals, 9th Circuit, *In re Estate of Ferdinando Marcos Human Rights Litigation*, in 32 *ILM* (1993), p. 107 ; District Court, District of Massachusetts, *Xuncax and Others v. Gramajo, Ortiz v. Gramajo*, 12 avril 1995, in 104 *ILR* (1987) p. 165 et suiv. ; Court of Appeals, 2nd Circuit, *Kadic v. Karadzic, Doe I and Doe II v. Karadzic*, 13 octobre 1995, in 104 *ILR* (1997), p. 149 et suiv.

¹⁶³ Voir, *mutatis mutandis*, l'argument du Lord Chief Justice Bingham dans l'arrêt de la Queen's Bench Division, Divisional Court, du 28 octobre 1998 dans l'affaire *Pinochet*, in 38 *ILM* (1999), p. 70-90, p. 85, par. 73. Comme on le sait bien, cet arrêt a finalement été annulé par la Chambre des Lords.

¹⁶⁴ Voir A. Bianchi, «Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case», in 10 *European Journal of International Law* (1999), p. 264. Pour un commentaire de l'utilisation de cet argument par la *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Ferrini*, voir De Sena in P. De Sena, F. De Vittor, «State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case», in 16 *European Journal of International Law* (2005), p. 104.

leurs auteurs correspondent dans une large mesure à celles qu'imposent certaines règles de *jus cogens*.»¹⁶⁵

4.84. En outre, de tels actes ne sont pas justifiés par le fait qu'ils ont été commis conformément au droit national. Comme l'a affirmé le procureur en chef britannique, Sir Hartley Shawcross, l'adoption du Statut du Tribunal militaire international en 1945 prouve le fait que l'«omnipotence de l'Etat» est limitée et que

«l'être humain comme individu, unité ultime d'application de toute loi, possède des titres à faire valoir devant l'humanité pour sa protection quand l'Etat piétine ses droits d'une manière qui outrage la conscience de l'humanité»¹⁶⁶.

4.85. Si la responsabilité internationale de l'Etat et la responsabilité pénale internationale individuelle se complètent effectivement, il serait alors incohérent d'affirmer, d'une part, que la personne victime d'actes de barbarie est en droit de bénéficier de la protection de la communauté internationale dans son ensemble pour ce qui est du châtement de l'auteur de ces faits, mais, d'autre part, que les victimes n'ont aucun droit lorsqu'elles essaient d'obtenir réparation directement auprès de l'Etat qui a ordonné la commission de ces faits.

4.86. Cette incohérence a également été soulignée il y a peu de temps par la Cour suprême du Canada. Dans un *obiter dictum*, elle a refusé une interprétation restrictive de l'exception relative à la responsabilité délictuelle prévue par la loi sur l'immunité des Etats, qui

«priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux. Vu l'évolution récente du droit humanitaire international qui étend la possibilité de redressement dans les cas de crimes internationaux, comme le montre l'arrêt de la Chambre de lords *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [1999] 2 W.L.R. 827, un tel résultat mettrait en péril, du moins au Canada, un progrès potentiellement important en matière de protection des droits de la personne.»¹⁶⁷

73

La nécessité d'une telle évolution pour des raisons fondamentales tenant à la justice a également été appuyée il y a peu de temps par le législateur canadien. La Chambre des communes discute en effet d'un projet de loi modifiant la loi sur l'immunité des Etats, ayant l'intitulé révélateur de «Loi sur la réparation de crimes internationaux», selon lequel

«l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions portant sur un génocide, un crime contre l'humanité, un crime de guerre ou des actes de torture»¹⁶⁸.

4.87. Les arrêts de la *Corte di Cassazione* italienne visent à accorder l'accès à la justice aux victimes de violations graves du droit international humanitaire privées de toute autre forme de

¹⁶⁵ R. Ago, *Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats*, ACIDI 1976, vol. II, première partie, p. 35.

¹⁶⁶ Sir H. Shawcross, «Speeches of the Chief Prosecutors at the Close of the Case Against the Individual Defendants», Londres: H.M. Stationery Office, Cmd. 6964, 1946, p. 63. Voir A. Cassese, *International law* (Oxford 2001), p. 249.

¹⁶⁷ *Schreiber c. la République fédérale d'Allemagne et le Procureur général du Canada*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62, arrêt du 12 septembre 2002, par. 37.

¹⁶⁸ Voir Projet de loi C-483 du 14 octobre 2009, Deuxième session, quarantième législature, 57-58 Elizabeth II, 2009, Chambre des communes du Canada.

réparation. En permettant d'éviter le risque de l'impunité, ces arrêts s'inscrivent parfaitement dans le cadre de l'évolution qui vient être exposée.

C. L'accès à la justice

4.88. Le droit à l'accès à la justice, dans sa double signification de droit à un recours et de droit au procès équitable, est prévu par tous les instruments récents en matière de protection des droits de l'homme et doit être considéré comme faisant partie du droit coutumier des droits de l'homme. Il existe une contradiction irréductible entre la reconnaissance de ce droit aux personnes et le privilège de l'immunité accordée à l'Etat. Dans les paragraphes qui suivent, l'Italie examinera les incidences de ce principe fondamental sur l'application des règles en matière d'immunité en présence de violations des droits de l'homme les plus fondamentaux.

74

4.89. Même avant la genèse du droit moderne des droits de l'homme, la question d'un droit individuel à l'accès à la justice devant les tribunaux nationaux s'est posée dans le contexte des préjudices causés à des étrangers. Dans ce contexte, «l'accès à la justice était et reste une composante du système complexe des garanties reconnues aux étrangers en vertu du droit de la responsabilité de l'Etat à raison des préjudices causés aux ressortissants d'un autre Etat, et constitue la condition indispensable du fonctionnement de la règle de l'épuisement des voies de recours internes»¹⁶⁹. Dans ce contexte, l'accès à la justice fait partie intégrante des garanties prévues par les standards internationaux en matière de traitement des étrangers¹⁷⁰, et le déni de justice a toujours été considéré comme une violation du droit international. Certes, dans ce contexte particulier, le droit à l'accès à la justice est limité aux juridictions nationales de l'Etat responsable de la violation. Néanmoins, il est important de noter que le droit à l'accès à la justice a fait l'objet d'une certaine reconnaissance depuis les premiers exemples d'obligations des Etats relatives au traitement des personnes.

4.90. En ce qui concerne l'accès aux voies de recours internationales, certaines formes d'accès à des autorités indépendantes avaient été mises en place dès la fin de la première guerre mondiale, en vertu de l'article 304 du traité de Versailles, en faveur des personnes cherchant à obtenir réparation des dommages de guerre. Des tribunaux arbitraux mixtes étaient compétents pour connaître de plusieurs catégories d'actions formées par des ressortissants des puissances alliés et associées contre l'Allemagne, y compris des dommages matériels dus à des mesures exceptionnelles de guerre. Les travaux des tribunaux arbitraux mixtes au cours de la période ayant suivi la première guerre mondiale ont contribué dans une large mesure au développement du principe de l'accès direct des particuliers aux mécanismes juridictionnels internationaux¹⁷¹. Cela révèle également la reconnaissance, même avant la seconde guerre mondiale, d'un droit individuel à la réparation de certains dommages de guerre et prouve que l'idée de la participation directe des particuliers aux mécanismes d'indemnisation était déjà acceptée par la communauté internationale.

4.91. Après la seconde guerre mondiale, la pratique des traités de paix affichait une tendance en faveur du retour au règlement des réclamations au niveau interétatique. L'article 83 du traité de Paris de 1947 entre l'Italie et les puissances alliées prévoit la constitution de commissions de conciliation en vue du règlement des demandes de réparation des dommages subis par les ressortissants d'un pays membre des Nations Unies. Les particuliers n'avaient aucun rôle à jouer dans le cadre de la procédure de conciliation, tandis que l'Etat demandeur disposait au contraire

¹⁶⁹ F. Francioni, «Access to Justice in Customary International Law», in Francioni (ed.), *Access to Justice as a Human Right* (Oxford, 2007), p. 9.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 10.

¹⁷¹ F. Francioni, «Access to Justice in Customary International Law», p. 17.

75

d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Il est intéressant de noter que l'existence d'un mécanisme interétatique en vue du règlement des différends en matière d'indemnisation n'avait pas privé les particuliers du droit d'accès aux juridictions nationales. Dans une série d'arrêts, la *Corte di Cassazione* italienne a affirmé la compétence des juridictions italiennes pour connaître d'actions en réparation introduites par des personnes privées contre l'Etat italien¹⁷². La Cour a déclaré que

«en prévoyant que le Gouvernement italien est tenu d'indemniser les ressortissants des Nations Unies des préjudices subis en raison des événements de la guerre par suite de dommages corporels ou de dommages causés à leurs biens en Italie, l'article 78, paragraphe 4, du traité de paix entre l'Italie et les puissances alliées institue, aux côtés de l'obligation internationale de l'Etat italien à l'égard des autres Etats contractants, un *rapport de droit direct de caractère contraignant entre ledit Etat et les ressortissants des Nations Unies pris individuellement*. Ce rapport, complet dans tous ses éléments essentiels, produit des effets immédiats dans le système juridique national ... et ... *peut donc être invoqué par lesdits ressortissants devant les juridictions italiennes*. Ne constitue pas à cet égard un obstacle la disposition de l'article 83 du traité réservant à la commission internationale spéciale de conciliation la compétence pour connaître des différends susceptibles de s'élever à propos de l'article 78 susmentionné, en ce que seuls les Etats contractants peuvent se prévaloir de cette compétence et que celle-ci n'a nullement pour objet d'instituer une voie de recours nationale pour les citoyens concernés à titre individuel.»¹⁷³

4.92. En outre, la jurisprudence italienne a également qualifié de droits susceptibles d'être invoqués devant les juridictions italiennes les créances de ressortissants italiens d'origine juive¹⁷⁴. En conséquence, la jurisprudence italienne pertinente concernant la responsabilité de l'Etat italien pour dommages de guerre affirme de manière cohérente le droit individuel à la réparation et le droit individuel à l'accès à la justice. Selon l'argumentation de la *Corte di Cassazione*, seule l'existence d'une procédure internationale alternative qui serait ouverte directement aux particuliers semble être de nature à exclure l'accès aux voies de recours nationales¹⁷⁵. En effet, ce n'est qu'à cette condition que peut être assuré le respect du principe fondamental de l'accès à la justice, prévu à l'article 24 de la Constitution italienne et qui, comme nous le verrons, est de nos jours également reconnu par le droit international général.

76

4.93. Dès la genèse du droit international des droits de l'homme, l'idée de la nécessité de prévoir des voies de recours en cas de violation s'est également développée. Comme il n'existe pas de droit sans action, la quasi-totalité des instruments en matière de droits de l'homme adoptés depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 comprennent des dispositions ayant trait à l'accès à la justice et aux voies de recours, au moins au niveau national. L'article 8 de la Déclaration universelle prévoit le «droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi». Le paragraphe 3 de l'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques oblige les Etats parties à «garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la

¹⁷² Voir Corte di Cassazione, sezioni unite, 13 novembre 1974, n° 3592, traduction anglaise in 2 *Italian Yearbook of International Law* (1976), p. 364.

¹⁷³ Corte di Cassazione, *Ministero del tesoro c. Soc. Mander Bros Ltd*, n. 107, 14 janvier 1976, in *Foro italiano* (1976-I), affaire n° 2463. Traduction anglaise avec commentaires par F. Francioni, in 3 *Italian Yearbook of International Law* (1977), p. 347 *et s.*

¹⁷⁴ Voir G. Sacerdoti, «L'assimilazione degli ebrei italiani ai cittadini delle Nazioni Unite nell'applicazione del Trattato di pace», in *Rivista di diritto internazionale* (1972), p. 468.

¹⁷⁵ Sur ce point, voir en particulier Corte di Cassazione, sezioni unite, 13 novembre 1974, n° 3592.

violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles». Aux termes de l'article 13 de la convention européenne des droits de l'homme, «[t]oute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles». L'article 25 de la convention américaine des droits de l'homme accorde le droit à la «protection judiciaire» à toute personne «contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles». L'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 16 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples confère à toute personne «le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur». Enfin, la charte des droits fondamentaux de l'union européenne prévoit que «[t]oute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article». Dans toutes ces conventions, le droit à un recours effectif est étroitement lié au droit au procès équitable, qui est prévu soit dans les mêmes articles (comme c'est le cas de la Déclaration universelle, de la charte africaine et de la charte de l'Union européenne), soit dans un article différent de la même convention (article 6 de la convention européenne, article 8 de la convention américaine). En effet, les Etats sont généralement tenus d'assurer un recours juridictionnel effectif aux victimes de violations des droits de l'homme en vertu des règles concernant les droits de la défense.

77

4.94. Ainsi, dans tous les systèmes relatifs à la protection des droits de l'homme, le droit à l'«accès à la justice» est conçu comme un complément nécessaire des droits substantiels garantis. Il n'est donc pas surprenant que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ait caractérisé l'accès à la justice comme étant une norme impérative du droit international, dans une affaire où les droits substantiels auxquels il était porté atteinte étaient également garantis par des règles de *jus cogens*¹⁷⁶.

4.95. Le droit à l'accès à la justice ne se limite pas au droit au juge. D'un point de vue historique, l'accès à la justice peut être considéré comme faisant partie du «noyau dur» du principe de l'Etat de droit, et il comprend également la protection des droits de la défense et le droit au procès équitable. Toutes les constitutions européennes qui prévoient le droit au «juge naturel» (voir l'article 101 de la Constitution allemande, l'article 24 de la Constitution italienne, l'article 83 de la Constitution autrichienne, l'article 13 du chapitre II de la Constitution belge, l'article 13 de la Constitution luxembourgeoise, l'article 38 de la Constitution de la République tchèque et l'article 24 de la Constitution espagnole) doivent être interprétés en ce sens. Elles prévoient toutes un droit au tribunal institué par la loi et, dès lors, le droit à un procès indépendant et impartial¹⁷⁷. Le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme représente l'inventaire le plus complet des éléments constitutifs du procès équitable en matière civile.

4.96. Par conséquent, au moins le droit à l'accès à la justice nationale doit être considéré comme étant garanti par le droit international et être qualifié de droit de l'homme. Certes, le droit à l'accès à un tribunal et au respect des droits de la défense n'est pas absolu. Il peut en effet faire l'objet de limitations. En particulier, le respect de l'immunité souveraine a été considéré comme représentant une telle limitation légitime. L'Allemagne se réfère à la Cour européenne des droits

¹⁷⁶ Affaire *Goiburú et al. c. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, arrêt du 22 septembre 2006, série C, n° 153, par. 131.

¹⁷⁷ Voir E. Storskrubb et J. Ziller, «Access to Justice in European Comparative Law», in F. Francioni (éd.), *Access to Justice as a Human Right* (Oxford, 2007), p. 178-180.

de l'homme pour affirmer qu'il n'existerait pas d'incompatibilité entre le droit de l'homme à accéder à la justice et l'immunité des Etats¹⁷⁸. L'Italie estime qu'aucune des affaires citées par l'Allemagne n'est de nature à empêcher la pratique internationale de poursuivre son évolution conformément aux principes de l'Etat de droit.

78

4.97. En ce qui concerne l'affaire *Al-Adsani*, il convient de souligner que la Cour européenne

«ne juge pas établi qu'il soit *déjà* admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for»¹⁷⁹.

La Cour a donc laissé ouverte la possibilité d'une évolution ultérieure dans un avenir immédiat. En outre, il convient de noter que la quasi-totalité des internationalistes qui étaient membres de la Cour avaient estimé qu'une interprétation cohérente de «l'ordre juridique international vu sous l'angle vertical» aurait déjà eu pour effet d'écarter l'immunité de l'Etat en l'espèce ; les juges de la minorité ont critiqué sévèrement la décision prise par la majorité en estimant que «[t]out en admettant que la règle sur la prohibition de la torture est une norme de *ius cogens*, la majorité refuse d'en tirer les conséquences»¹⁸⁰.

4.98. La suggestion d'une évolution possible du droit international dans le sens de la restriction de l'immunité en présence de crimes commis par l'Etat est encore plus nettement formulée dans l'affaire *Grozis c. France*, où la Cour européenne précise que la conclusion selon laquelle en l'Etat actuel du droit international, la reconnaissance de l'immunité de l'Etat ne contrevient pas au droit d'accès à un tribunal «n'exclut pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel»¹⁸¹.

4.99. Le rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens établi en 1999 par la commission du droit international doit être analysé dans le même esprit. Le groupe de travail a affirmé que la question du refus de l'immunité en cas de dommages résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *ius cogens* constituait un développement important du droit international de l'immunité qui «ne devrai[t] pas être néglig[é]»¹⁸². Malheureusement, le conseil du groupe de travail n'a pas été suivi lors des travaux de codification ultérieurs, jusqu'à l'adoption en 2004 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens. Néanmoins, la position du groupe de travail, tout comme l'arrêt de la Cour européenne, illustre à quel point le droit international est sujet à des développements importants dans ce domaine. La jurisprudence de la *Corte di Cassazione* italienne est pleinement conforme à ces développements.

79

4.100. Il convient de souligner un autre aspect important de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le rapport entre l'immunité et l'accès à la justice. La Cour européenne a en effet toujours rappelé que la limitation mise en œuvre à l'égard du droit à l'accès à la justice ne devait pas «restreind[re] ... l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un

¹⁷⁸ MA, p. 71 et suiv.

¹⁷⁹ Requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 66 (c'est nous qui soulignons).

¹⁸⁰ Opinion dissidente commune à MM. les Juges Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Vajić, juges, par. 4.

¹⁸¹ Requête n° 14717/06, décision du 16 juin 2009, p. 7

¹⁸² *Rapport du Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, ACIDI 1999, vol. II, deuxième partie, p. 157-182, p. 181 et suiv.

point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même»¹⁸³. En application de ce principe, la Cour a parfois vérifié si les requérants disposaient de moyens alternatifs raisonnables en vue d'assurer la protection effective de leurs droits. Dans les affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne*, par exemple, la Cour a estimé que l'immunité de juridiction dont jouissait l'Agence spatiale européenne dans le cadre du contentieux du travail constituait une limitation légitime du droit d'accès à la justice des employés, car la convention entre l'Allemagne et l'Agence «prévoit expressément divers modes de règlement des litiges de droit privé, qu'il s'agisse de différends touchant son personnel ou d'autres litiges»¹⁸⁴. Dans l'affaire *McElhinney c. Irlande*, la Cour a observé qu'«il eût été loisible au requérant d'intenter en Irlande du Nord une action contre le ministre britannique de la défense»¹⁸⁵ ; cette possibilité ayant déjà été indiquée par les représentants du Royaume-Uni au début de la procédure devant les juridictions nationales irlandaises, c'était la personne lésée elle-même qui avait choisi de ne pas demander réparation directement dans le cadre de l'ordre juridique du Royaume-Uni¹⁸⁶.

4.101. En conclusion, l'accès à la justice constitue une garantie fondamentale du respect de l'Etat de droit dans les démocraties modernes. Les règles internationales concernant l'immunité de juridiction des Etats ne pourraient qu'être contrebalancées par le respect de ce principe. La restriction de l'immunité dans les cas où des personnes physiques intentent des actions en justice pour obtenir réparation à la suite d'une violation grave des principes les plus fondamentaux de la dignité humaine garantis par des règles de *jus cogens* apparaît comme une solution raisonnablement équilibrée.

80 D. Conclusion

4.102. Dans la présente section, l'Italie a exposé l'évolution du droit international vers la reconnaissance de valeurs fondamentales devant être protégées en toutes circonstances. L'importance capitale que la communauté du droit international accorde à ces valeurs est attestée par le fait qu'elles ont été incluses au nombre des règles de *jus cogens* du droit international, ainsi que par la nécessité de punir, conformément aux prescriptions du droit international pénal, les organes de l'Etat ayant commis des actes contraires à ces valeurs. En outre, les développements récents concernant le droit individuel à l'accès à la justice attestent du fait que cette évolution en matière de protection de la dignité humaine a principalement pour objet les droits fondamentaux de chaque personne prise individuellement.

4.103. D'après l'Italie, la manière dont le principe de l'immunité interagit avec d'autres règles du droit international positif consacrant des valeurs d'une importance capitale doit être appréciée en tenant compte de la supériorité hiérarchique de ces dernières. Lorsque les victimes de violations de règles fondamentales de l'ordre juridique international, privées de tout autre moyen de réparation, s'adressent aux juridictions nationales, les obstacles d'ordre procédural tenant à l'immunité des Etats ne sauraient avoir pour effet de les priver du seul recours disponible. Comme l'Italie l'établira dans la section suivante, le principe de l'immunité ne saurait conduire à l'impunité.

¹⁸³ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 53 ; *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, requête n° 59021/00, décision du 12 décembre 2002, p. 7-8 ; *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], requête n° 26083/94, arrêt du 18 février 1999, par. 59 ; *McElhinney c. Irlande*, requête n° 31253/96, arrêt du 21 novembre 2001, par. 34 ; *Fogarty c. Royaume-Uni*, requête n° 37112/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 33 ; *Beer et Regan c. Allemagne*, requête n° 28934/95, arrêt du 18 février 1999, par. 49.

¹⁸⁴ *Beer et Regan*, par. 59 ; *Waite et Kennedy*, par. 69.

¹⁸⁵ *McElhinney c. Irlande*, requête n° 31253/96, arrêt du 21 novembre 2001, par. 39.

¹⁸⁶ Voir les paragraphes 39 et 11 de l'arrêt.

Section IV. Immunité ne peut signifier impunité

4.104. Dans la section II du présent chapitre, il a été démontré que le champ d'application du droit de l'immunité des Etats avait fait l'objet d'une redéfinition progressive. L'évolution du droit de l'immunité des Etats a entraîné un glissement depuis l'immunité absolue vers une immunité restreinte. Même la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* ne correspond plus à la ligne de démarcation entre les activités de l'Etat bénéficiant de l'immunité et celles qui n'en bénéficient pas, puisque dans certaines circonstances un Etat peut se voir refuser le bénéfice de l'immunité même pour des faits relevant de la catégorie des actes *jure imperii*.

81

4.105. De nos jours, la question la plus controversée qui se pose dans le cadre du droit de l'immunité des Etats consiste à déterminer si un Etat a droit à l'immunité lorsqu'il a violé des règles fondamentales du droit international. Il ne s'agit pas là d'une question qui aurait été subitement mise au jour par la *Corte di Cassazione* italienne dans l'arrêt *Ferrini*, comme l'Allemagne semble le suggérer quelquefois. Il ne s'agit pas davantage d'une question qui, avant l'arrêt *Ferrini*, n'aurait été que le terrain de discussions doctrinales. En effet, il existe des indices permettant de constater qu'indépendamment de l'arrêt *Ferrini*, cette question avait déjà pris une grande importance et que celle-ci ne cessera de croître. Cela ressort clairement du fait que, déjà en 1999, le groupe de travail de la CDI dans le domaine des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens avait observé que «depuis l'adoption du projet d'articles, un autre fait [était] survenu dans la pratique des Etats et le droit interne à propos de l'immunité des Etats» :

«Il s'agit de la thèse *de plus en plus souvent* avancée selon laquelle il conviendrait de refuser l'immunité en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*, notamment l'interdiction de la torture.»¹⁸⁷

4.106. Les développements fondamentaux survenus dans le droit international qui ont été examinés dans la section III ont déclenché un processus qui affecte également de manière inévitable le droit de l'immunité des Etats. Ces développements exigent de réexaminer l'applicabilité de la règle sur l'immunité, au moins dans les cas où la reconnaissance de cette dernière aboutirait à un résultat inconciliable avec les principes fondamentaux qui sont à l'origine de ces développements. Le résultat final de ce processus est encore, dans une certaine mesure, marqué par l'incertitude. En particulier, il n'est pas encore clair s'il aboutirait à une nouvelle règle refusant d'une manière générale l'immunité à l'Etat en présence de violations de règles fondamentales du droit international. Néanmoins, l'Italie soutient que l'on peut d'ores et déjà déduire des principes généraux existants certaines conclusions qui affectent l'applicabilité de la règle sur l'immunité des Etats et sont importantes en vue du règlement de la présente affaire.

82

4.107. Avant d'aborder cet aspect, il peut être opportun de noter ici la différence entre l'approche suivie par l'Allemagne à l'égard de la question de droit qui se pose en l'espèce, et la position soutenue par l'Italie. L'Allemagne prétend que l'Italie aurait violé son immunité de juridiction parce qu'il n'existe pas de règle de droit international général permettant d'écarter l'immunité dans des affaires portant sur des actions en réparation dirigées contre un Etat responsable de la violation de règles fondamentales du droit international. L'argument principal de l'Allemagne à cet égard repose sur l'affirmation selon laquelle l'existence d'une telle exception à l'immunité ne serait pas confirmée par la pratique internationale ni par l'*opinio juris*¹⁸⁸.

¹⁸⁷ ACDI 1999, vol. II, deuxième partie, p. 181, par. 3 (c'est nous qui soulignons).

¹⁸⁸ MA, par. 55.

4.108. L'approche de l'Allemagne est de nature à induire en erreur. La question qui se pose en l'espèce n'est pas de savoir s'il existe une pratique générale et constante, confirmée par l'*opinio juris*, faisant ressortir l'existence d'une règle internationale de nature coutumière autorisant d'une manière générale le refus de l'immunité en présence de violations graves du droit international humanitaire ou des droits de l'homme. L'Italie ne demande pas à la Cour d'anticiper les événements et de déclarer qu'une telle règle ferait déjà partie du droit international coutumier. En d'autres termes, l'Italie ne demande pas à la Cour de se livrer à un exercice *de lege ferenda*. En effet, il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prévaloir d'une telle exception générale. L'attitude des juges italiens peut être justifiée en se référant à une exception à l'immunité au champ d'application beaucoup plus restreint, mais dont l'existence peut être clairement déduite des principes fondamentaux du droit international actuel ci-dessus décrits dans la section III.

4.109. Lorsque des valeurs fondamentales présentant un intérêt général pour la communauté internationale sont en cause, le droit international actuel ne tolère pas que l'immunité soit utilisée comme un instrument destiné à exonérer l'Etat des conséquences de ses faits illicites. L'immunité juridictionnelle est conçue comme une règle procédurale, qui ne saurait exonérer l'Etat de sa responsabilité envers d'autres Etats et des personnes ayant subi à titre individuel des préjudices à la suite d'une violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme commise par cet Etat. En présence de violations de règles fondamentales, les développements du droit international actuel affichent un déplacement de l'équilibre entre l'immunité des Etats et la responsabilité dans le sens d'un renforcement de la responsabilité.

4.110. La conclusion qu'il convient d'en tirer n'est pas que l'immunité devrait toujours être refusée dans les affaires concernant des actions en réparation dirigées contre un Etat en raison de violations graves de règles fondamentales. L'Italie n'estime pas que l'immunité des Etats soit incompatible avec la protection de valeurs fondamentales de la dignité humaine, lorsque les victimes disposent d'autres mécanismes pour demander une réparation. Le problème se pose lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il n'existe pas d'autre mécanisme, soit parce que les négociations entre les Etats concernés n'ont pas abouti à un règlement permettant d'assurer une forme de réparation aux victimes des violations graves des règles fondamentales, soit parce que les autorités et les juges de l'Etat responsable refusent d'examiner les demandes d'indemnisation. Lorsque des mécanismes pour l'indemnisation des violations graves des règles fondamentales n'ont pas été mis en place par l'Etat responsable de ces violations, la saisine par les victimes des autorités judiciaires de l'Etat du for s'avère être la seule solution pour obtenir une réparation. Dans une telle situation, les Etats ayant commis des violations graves des règles fondamentales ne sauraient être considérés comme ayant le droit de se prévaloir de l'immunité pour leurs faits illicites, même si ces derniers doivent être qualifiés d'actes *jure imperii*. Si l'immunité était accordée, cela aboutirait à un déni de justice absolu pour les victimes ainsi qu'à l'impunité de l'Etat.

83

4.111. L'ordre juridique international ne saurait, d'une part, prévoir qu'il existe certaines règles matérielles fondamentales auxquelles il n'est pas permis de déroger et dont la violation ne saurait être tolérée, tout en accordant d'autre part l'immunité à l'auteur des violations de ces règles fondamentales dans des situations où il est clair que l'immunité équivaut essentiellement à l'impunité. L'importance capitale des règles primaires a nécessairement pour corollaire le fait qu'en cas de violation de ces règles, l'auteur de l'atteinte doit être tenu responsable et ne saurait se prévaloir de droits qui lui ont été conférés par d'autres règles du droit international, dans le but de se soustraire aux conséquences juridiques découlant de son comportement illicite.

4.112. Dans son arrêt rendu le 11 avril 2000 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, cette Cour a observé :

«La Cour souligne toutefois que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité... L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale.»¹⁸⁹

84

4.113. L'affirmation de la Cour visait essentiellement à exprimer l'idée selon laquelle l'immunité peut en principe être conciliée avec la nécessité de faire en sorte que la responsabilité de l'auteur d'un fait illicite soit engagée à raison de ce dernier. Pourtant, un autre message peut également être perçu dans l'affirmation de la Cour, selon lequel l'immunité ne saurait être utilisée comme un instrument visant à exonérer l'auteur d'un fait illicite des conséquences de son comportement fautif. L'Italie soutient que le message qui se trouve à la base de la déclaration de la Cour possède une très grande portée sur le plan juridique, particulièrement dans les affaires concernant des actions en réparation dirigées contre un Etat responsable de violations de règles fondamentales du droit international. Il implique qu'un Etat n'est pas en droit de se prévaloir de l'immunité si l'octroi de celle-ci équivaldrait pratiquement à l'exonérer des conséquences de ses faits illicites.

4.114. Il est surprenant que l'Allemagne elle-même semble arriver à la même conclusion lorsqu'elle définit la fonction de la règle de l'immunité des Etats en droit international actuel. D'après l'Allemagne,

«Pierre d'Argent a eu raison en écrivant que *l'immunité juridictionnelle des Etats ne visait pas tant à protéger les Etats* qui auraient commis intentionnellement des faits illicites au détriment des personnes privées, mais qu'elle avait plutôt une «fonction systémique au sein du droit des gens», consistant notamment à *confier à des mécanismes autres* que les autorités judiciaires de l'Etat du for le règlement des demandes d'indemnisation.»¹⁹⁰

4.115. L'Italie souscrit intégralement à cette affirmation. Néanmoins, elle demande dans le même temps à l'Allemagne d'accepter la conclusion qui découle inévitablement de l'affirmation suivante : si l'immunité n'a pas pour objectif de protéger un Etat des juges d'un autre Etat, mais plutôt de confier à «des mécanismes autres que les autorités judiciaires de l'Etat du for le règlement des demandes d'indemnisation», alors, au cas où tous les autres mécanismes mis en place par l'Etat responsable se sont révélés incapables d'offrir une forme quelconque de réparation aux personnes demandant à être indemnisées, l'immunité perd sa fonction principale et les autorités judiciaires de l'Etat du for peuvent être chargées du règlement des demandes d'indemnisation.

4.116. Il convient de noter qu'à l'appui de sa demande à bénéficier de l'immunité juridictionnelle devant les tribunaux italiens, l'Allemagne invoque à plusieurs reprises l'argument selon lequel «les préjudices découlant d'une violation de règles fondamentales au cours d'un conflit armé peuvent être réparés de plusieurs manières différentes, en particulier au niveau interétatique»¹⁹¹. En principe, cet argument ne soulève pas d'objections. Lorsque les préjudices peuvent être réparés par d'autres moyens, y compris au travers de mécanismes mis en place sur la base d'arrangements conventionnels spécifiques, rien n'exige de déroger au principe de l'immunité

¹⁸⁹ C.I.J. Recueil 2002, par. 60.

¹⁹⁰ MA, par. 55 (c'est nous qui soulignons).

¹⁹¹ MA, par. 32. Voir également *ibid.*, par. 59.

85 juridictionnelle des Etats. Or il se trouve qu'en l'espèce les mesures adoptées jusqu'ici par l'Allemagne, tant dans le cadre des accords pertinents que de manière unilatérale, se sont révélées totalement insuffisantes. Ils avaient laissé en dehors de leur champ d'application plusieurs catégories de victimes, qui s'étaient en réalité vu refuser toute autre voie pour obtenir réparation. Dans son mémoire, l'Allemagne a reconnu cette situation et a essayé de la justifier en invoquant les clauses de renonciation figurant dans le traité de paix de 1947 et dans les accords de 1961 entre l'Italie et l'Allemagne. Or, comme il sera indiqué au chapitre V, l'invocation des clauses de renonciation de la part de l'Allemagne est totalement erronée. Il suffit de noter, aux fins du présent chapitre, que l'Allemagne ne saurait fonder sa demande à bénéficier de l'immunité juridictionnelle sur l'argument selon lequel les préjudices subis par les victimes italiennes pourraient être réparés par des moyens autres que le recours aux juges italiens. En réalité, aucune autre voie n'était proposée aux victimes italiennes. L'Italie soutient que dans ces circonstances précises, les juges italiens étaient en droit de refuser à l'Allemagne le bénéfice de l'immunité de juridiction.

Section V. Conclusion

4.117. L'Italie reconnaît que l'immunité juridictionnelle des Etats constitue une règle fondamentale de l'ordre juridique international. Comme il a été indiqué dans le présent chapitre, cette règle a évolué avec le temps dans le sens d'une restriction progressive du cercle des activités de l'Etat bénéficiant de l'immunité. En outre, des développements significatifs du droit international — dont en particulier la reconnaissance de l'existence de règles internationales ayant la valeur de *jus cogens*, la formation d'un corps de règles pénalisant le comportement des personnes responsables de certains crimes internationaux, ainsi que l'acceptation croissante de l'existence d'un droit des personnes à l'accès à un tribunal — ont inévitablement des incidences sur la règle de l'immunité. La conséquence la plus notable à cet égard tient au fait que dans certaines circonstances, la reconnaissance de l'immunité peut être tenue en échec par la nécessité d'éviter des situations qui s'avèrent inconciliables avec les principes fondamentaux qui sont à l'origine de ces développements. En particulier, l'Italie a établi que, dans des affaires portant sur des actions en réparation dirigées contre un Etat responsable de violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'homme, l'immunité doit être refusée lorsque son octroi équivaldrait à un déni de justice absolu pour les victimes et à l'impunité de l'Etat. L'importance de cette exception à l'immunité aux fins de la présente affaire sera révélée dans les chapitres qui suivent immédiatement. Au chapitre V, l'Italie examinera la question de la réparation due par l'Allemagne aux victimes italiennes des violations graves du droit national humanitaire dont elle est responsable. L'Italie elle établira qu'aucun mécanisme alternatif en vue du règlement des demandes d'indemnisation des victimes italiennes n'a été mis en place par l'Allemagne pendant la période de plus de 60 ans ayant suivi la commission des crimes. Dans le chapitre VI, l'Italie examinera les faits concernant le respect de sa part de l'obligation juridique faisant l'objet du présent chapitre ; elle indiquera les raisons pour lesquelles la Cour doit rejeter l'argument de l'Allemagne selon lequel l'Italie aurait violé son obligation juridique d'accorder l'immunité à l'Allemagne.

86

CHAPITRE V LA RÉPARATION

Section I. Introduction

5.1. L'obligation de réparer les dommages causés par tout fait illicite constitue un principe du droit que nul ne conteste. Ce principe a été réaffirmé à plusieurs reprises par de nombreuses autorités tant en droit national qu'en droit international, et les juridictions ont toujours joué un rôle crucial pour assurer le respect de ce pilier de l'Etat de droit. Un examen sommaire des systèmes nationaux met en évidence la nature fondamentale de ce principe¹⁹². Ce principe de base, hérité du droit romain (voir par exemple la *loi aquilia* de 287-286 av. J-C), est toujours en vigueur actuellement. Il suffit de consulter l'article 2043 du Code civil italien¹⁹³, l'article 1382 du Code civil français¹⁹⁴, ou encore l'article 823 du Code civil allemand¹⁹⁵. Le principe s'applique également en droit international. Aux termes du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, «[t]out fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale» (article premier) et «[l]'Etat responsable est tenu de *réparer intégralement* le préjudice causé par le fait internationalement illicite» (article 31, c'est nous qui soulignons).

5.2. Dans ce contexte, on cite aussi souvent l'arrêt bien connu rendu en 1928 dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, où la CPJI a précisé que

«[l]e principe essentiel, qui découle de la notion même d'*acte illicite* et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la *réparation* doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'Etat qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»¹⁹⁶.

Il n'est pas nécessaire de rappeler les nombreuses occasions où cette Cour, en sa qualité d'organe principal de la justice mondiale, a clairement réaffirmé ce principe. Celui-ci s'applique également en période de guerre, en particulier par rapport aux territoires sous l'occupation étrangère. A cet égard, la Cour s'est prononcée en des termes particulièrement clairs en reconnaissant, dans les circonstances particulières de l'occupation militaire, une obligation explicite des Etats envers les victimes de violations graves du droit international prises individuellement. Ainsi, par exemple,

¹⁹² Voir C. Tomuschat, «La protection internationale des victimes», in 18 *Revue universelle des droits de l'homme* (2006), p. 1-11, à la p. 3.

¹⁹³ Article 2043 *Risarcimento per fatto illecito* — «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». (Notre traduction : «Réparation en cas de fait illicite (responsabilité extracontractuelle) — Tout fait commis intentionnellement ou par négligence, qui cause à autrui un dommage injuste, oblige celui qui l'a commis à réparer le dommage»).

¹⁹⁴ Article 1382 (créé par la loi du 9 février 1804, promulguée le 19 février 1804) : «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».

¹⁹⁵ § 823 BGB, *Schadensersatzpflicht* «(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein». (Article 823 du BGB, Obligation de réparation des préjudices : 1) Celui qui, agissant intentionnellement ou par négligence, porte de manière illicite atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'autrui, est tenu envers cette personne à la réparation des préjudices qui en résultent. 2) La même obligation pèse sur celui qui contrevient à une loi destinée à protéger une autre personne. Si cette loi prévoit également la possibilité d'une violation non fautive, l'obligation de réparation ne naît qu'en cas de faute).

¹⁹⁶ *C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47 (c'est nous qui soulignons).

dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a reconnu l'obligation d'Israël «d'indemniser ... toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de [l'acte illicite]»¹⁹⁷.

Or il peut être utile de souligner que les violations qui se trouvent à l'origine du présent différend avaient été commises par le III^e Reich à l'encontre de victimes italiennes dans des circonstances où l'Allemagne agissait effectivement comme une puissance occupante à l'égard de portions considérables du territoire italien¹⁹⁸.

89

5.3. En l'espèce, il existe plusieurs questions imbriquées justifiant un examen un peu plus approfondi du sujet, qui se situe autour de la question de savoir comment fonctionne la responsabilité des Etats dans le cadre du DIH. Etant donné que l'objectif spécifique du DIH est d'assurer aux personnes une protection renforcée au cours des conflits armés, il serait difficile de considérer que le régime de la responsabilité dans ce domaine serait moins exigeant que celui prévu par le droit international général. Au contraire, les obligations de réparation sont imposées aux Etats afin d'augmenter encore les chances pour que les règles primaires soient respectées. Si l'on permettait aux Etats d'écarter les obligations de réparation, cela aurait l'effet indésirable de diminuer les garanties de l'exécution.

5.4. Les normes pertinentes, qui sont consacrées aussi bien dans les traités ratifiés par les parties au présent différend que dans le droit international coutumier, seront examinées ci-dessous.

5.5. Dans le présent chapitre, nous établirons trois points essentiels qui sont à l'origine du présent différend : *a*) l'Allemagne est tenue d'*obligations de réparation* découlant des violations graves du DIH commises par le III^e Reich à l'encontre des victimes italiennes, comme cela a été reconnu, confirmé et réaffirmé par l'Allemagne elle-même au travers des accords de 1961 ; *b*) les *mesures adoptées jusqu'à présent* par l'Allemagne (tant en vertu des accords pertinents qu'au moyen d'actes unilatéraux) se sont révélées *insuffisantes* pour plusieurs raisons (et avant tout parce qu'elles *n'ont pas visé toutes les victimes et n'ont pas assuré une réparation effective*) ; en conséquence, *c*) l'Allemagne est *toujours tenue d'une obligation*, clairement reconnue par les accords de 1961, d'assurer une indemnisation à raison des faits illicites commis par le III^e Reich qui n'ont pas encore fait l'objet d'une réparation.

Ces trois éléments doivent être pris en compte, car ils jouent un rôle essentiel dans l'effort de clarifier et comprendre le contexte de fait et de droit dans lequel ont été prononcées les décisions des juges italiens ayant trait à l'immunité (comme cela est expliqué d'une manière plus détaillée au chapitre VI ci-dessous). Ces éléments sont également indispensables pour définir l'objet réel du présent différend, et le troisième d'entre eux constitue de toute évidence le fondement même de la demande reconventionnelle de l'Italie.

5.6. Néanmoins, avant d'examiner d'une manière plus concrète ces trois points essentiels, il convient de brosser un *tableau général du régime de réparation* pour cause de violations graves du DIH, de souligner le fait que ce régime *n'est pas susceptible de dérogation*, ainsi que d'exposer les tendances dominantes en droit international vers le renforcement du droit des personnes à obtenir réparation en cas de violations graves des droits de l'homme et du DIH. En particulier, étant donné que ces corps de règles ont pour objectif spécifique la protection des personnes, les régimes de protection pertinents sont visiblement inspirés par l'objectif commun d'assurer les standards de production les plus élevés des droits individuels.

¹⁹⁷ C.I.J. Recueil 2004, par. 153.

¹⁹⁸ Ce que l'Allemagne reconnaît : voir MA, par. 13.

90 Section II. Le principe général de la réparation effective en cas de violations graves du DIH

A. Le régime de réparation pour violations graves du DIH

5.7. Deux principaux aspects doivent être examinés. Premièrement, le fondement et la portée, ainsi que l'objet et le but du principe selon lequel les Etats sont tenus à indemnité à raison des violations du DIH commises par leurs forces armées. Deuxièmement, il est important de comprendre de quelle(s) façon(s) les Etats peuvent s'acquitter de leurs obligations de réparation à raison des violations graves du DIH, et si leur pouvoir d'appréciation quant à l'exécution de ces obligations connaît ou non des limites. Cette dernière question constitue en effet l'aspect le plus délicat du présent différend, sur lequel les positions de l'Italie et de l'Allemagne sont susceptibles de diverger.

5.8. Une précision préliminaire serait utile. Il ne s'agit pas ici de l'ensemble intégral et dans une large mesure indéfini des réparations dues à la fin d'un conflit par un Etat à raison des dommages et des souffrances qu'il a causés pendant la guerre. Notre attention ne devra porter que sur le régime beaucoup plus limité des violations graves du DIH (c'est-à-dire les crimes de guerre) imputables aux belligérants, qui n'équivaut pas nécessairement au régime plus large des réparations de guerre.

5.9. Le régime de la réparation pour violations graves du DIH trouve ses origines historiques dans l'article 3 de la IV^e convention de La Haye de 1907, qui avait effectivement un champ d'application plus large (il visait toutes les violations d'une manière plus indéterminée), mais faisait apparaître le besoin d'une *disposition explicite sur la réparation* afin d'éviter que les demandes d'indemnisation ne soient simplement exclues par les accords conclus à l'issue du conflit, comme cela arrivait régulièrement au XIX^e siècle¹⁹⁹.

Conformément à ce principe, «[l]a Partie belligérante qui violerait les dispositions [du] Règlement [annexé à la Convention] sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée»²⁰⁰.

91 Aucune disposition de ce type n'existait dans les traités antérieurs : ni les conventions de Genève de 1864 et de 1906, ni la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868, ni les conventions de La Haye de 1899 ne contenaient de règles à cet égard²⁰¹. Ces instruments ne prévoyaient pas expressément une obligation de réparer les dommages causés au cours de la guerre car, en vertu de l'approche suivie, les Etats étaient libres de régler la question moyennant la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux à la fin des hostilités. En conséquence, des réparations n'étaient généralement versées que par les pays vaincus en faveur des puissances victorieuses²⁰². Dans ce contexte, les Etats ont décidé en 1907, sur la base d'une proposition allemande, d'imposer expressément une obligation générale de réparation pesant sur *toutes* les parties²⁰³. L'adoption d'une telle disposition indique clairement l'existence de la conviction selon laquelle une

¹⁹⁹ *Commentaire du CICR sur les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949*, par. 3646, p. 1079.

²⁰⁰ Article 3 de la IV^e convention de La Haye de 1907.

²⁰¹ Voir A. Zemmali, «Reparations for victims of violations of international humanitarian law», in *Netherlands Institute of Human Rights (ed.) SIM Special no. 12* (1992), p. 61-73, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.uu.nl/NL/faculteiten/rebo/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/institutenenentra/studieeninformatiecentrummenserenrechten/publicaties/simspecials/12/Documents/12-07.pdf>, à la p. 65.

²⁰² *Commentaire du CICR*, p. 1079-1081.

²⁰³ Zemmali, ci-dessus note 201, p. 65.

réglementation spécifique de l'obligation de réparation était nécessaire afin d'éviter les solutions injustes d'après-guerre.

5.10. En conséquence, l'article 3 de la IV^e convention de La Haye constitue, d'une part, une application au DIH du principe plus large de la responsabilité des Etats prévu par le droit international général. Néanmoins, il représente d'autre part la première disposition définissant les éléments nécessaires d'un régime de réparation spécifique en cas de violations du DIH, ce qui implique que le but de la disposition va au-delà d'une simple réaffirmation du principe général de la responsabilité des Etats pour fait illicite. A cet égard, l'article 3 vise certainement à donner naissance à un ensemble de conséquences plus vaste pour les Etats parties, comprenant au moins la proclamation du principe selon lequel la réparation doit prendre la forme d'une indemnisation et doit être effective (c'est-à-dire qu'elle doit atteindre les victimes à titre individuel et doit être satisfaisante).

5.11. L'obligation de réparation n'est pas imposée dans l'intérêt exclusif des Etats concernés. Elle est plutôt conçue comme une forme de garantie supplémentaire visant à assurer le respect des dispositions de la convention et devrait en fin de compte protéger les intérêts des victimes des violations. Il ne fait pas de doute qu'une telle disposition ne saurait avoir simplement pour intention de réaffirmer le principe général de la responsabilité des Etats pour fait illicite. Les rédacteurs entendaient de toute évidence aller plus loin, au travers d'un ensemble de conséquences implicites que l'interprète doit déduire de la logique du système, qui repose sur le postulat selon lequel la protection accordée par le DIH doit s'appliquer au-delà des intérêts des Etats.

92

En conséquence, même s'il peut sembler que l'article 3 ne fait que réaffirmer le principe selon lequel un fait illicite engage la responsabilité de l'Etat, une lecture plus approfondie permet de constater que son contenu est beaucoup plus vaste. A la lumière du contexte, de la pratique ultérieure et de la clarification progressive des règles découlant de ce principe de base, on peut également constater deux autres conséquences essentielles. Premièrement, les demandes de réparation *ne sauraient être simplement exclues* à la fin du conflit. Deuxièmement, même si les Etats peuvent conclure des accords afin de régler des formes, les moyens et les méthodes de la réparation, ils sont tenus d'offrir une *réparation effective aux victimes*.

5.12. Ce sens implicite de la disposition de l'article 3 a été confirmé par l'évolution du cadre juridique pertinent, qui considère toujours le texte de cette disposition comme étant le fondement même de l'ensemble du régime de réparation pour violations graves du DIH.

Comme on le sait bien, la même disposition est de nos jours reproduite littéralement à l'article 91 du premier protocole de 1977 aux conventions de Genève de 1949, et (comme c'était déjà le cas lors de son adoption) elle fait partie du droit international coutumier. Comme il est affirmé dans le commentaire du CICR concernant le premier protocole, «[c]et article reproduit pour ainsi dire textuellement, sans l'abroger, ce qui signifie qu'*il reste de droit coutumier pour tous*, l'article 3 de la convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907»²⁰⁴.

Le commentaire du CICR précise également à juste titre que

«[u]ne telle disposition ... correspondait aux principes généraux du droit sur la responsabilité internationale. Tout recours des personnes lésées était en outre considéré comme illusoire s'il ne pouvait être exercé, par l'intermédiaire de leur

²⁰⁴ *Commentaire du CICR*, par. 3645, p. 1079 (c'est nous qui soulignons).

gouvernement, contre le gouvernement dont dépendent les auteurs de ces violations.»²⁰⁵

93

L'*objectif principal* de cette disposition était d'imposer certaines limites au pouvoir discrétionnaire des Etats de *conclure des accords d'après-guerre* concernant le règlement des demandes d'indemnisation. Le commentaire n'exclut nullement l'idée que le principe puisse avoir des implications plus larges, et l'évolution ultérieure du droit a effectivement mis en lumière ces implications (à savoir que le système de réparation ne doit pas être susceptible de dérogation et que la réparation doit être effective). L'idée qui figurait déjà implicitement à l'article 3 était que les violations du DIH devaient faire naître l'obligation d'offrir une réparation effective aux victimes prises individuellement.

5.13. C'est précisément dans ce contexte que la conférence diplomatique de 1949 ayant pour objet la révision du DIH a adopté un article commun aux quatre conventions de Genève (I^{ère} convention, article 51 ; II^e convention, article 52 ; III^e convention, article 131 ; IV^e convention, article 148) intitulé «Responsabilités des parties contractantes», aux termes duquel :

«[a]ucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent».

Cette disposition, qui fait également partie du droit coutumier, vise à

«éviter que, dans une convention d'armistice ou dans un traité de paix, le vaincu ne soit contraint de renoncer à toute réparation due à raison d'infractions graves commises par des personnes se trouvant au service du vainqueur»²⁰⁶.

Néanmoins, l'idée sous-jacente existait avant les Conventions de Genève, qui ne font que réaffirmer ce que le système prévoyait déjà d'une manière implicite.

Ces dispositions (les articles 51, 52, 131 et 148 des conventions de Genève de 1949) se réfèrent clairement à la responsabilité des Etats à raison de violations du DIH qui engagent la responsabilité pénale de personnes physiques (c'est-à-dire les crimes de guerre). Elles comprennent naturellement les réparations et ont pour objectif spécifique d'éviter une conséquence paradoxale, à savoir que les personnes physiques soient punies, alors que l'Etat pour le compte duquel elles avaient agi se trouve exonéré de toute responsabilité [tel serait le cas, par exemple, des affaires allemandes pendantes devant les juridictions pénales italiennes et concernant les massacres de Civitella, Marzabotto et Sant'Anna di Stazzema, où les demandeurs participent aux procédures en tant que parties civiles (et donc dans le but précis d'obtenir une réparation) et, conformément à la logique inhérente à ces dispositions, ils ont dirigé leurs actions non seulement contre les prévenus, mais également contre l'Allemagne].

94

5.14. Même si le libellé des dispositions des Conventions de Genève est nouveau, leur contenu en revanche ne l'est pas. Ces dispositions ne constituent qu'une clarification et une explication des conséquences qui se trouvaient déjà en germe à l'article 3 de la IV^e convention de La Haye. Comme il est clairement indiqué dans le commentaire du CICR sur les Protocoles additionnels de 1977 renvoyant aux dispositions figurant aux articles 51, 52, 131 et 148 des conventions de Genève,

²⁰⁵ *Ibid.* [Ndt. En fait, il s'agit du par. 3646]

²⁰⁶ *Commentaire du CICR*, par. 3649, p. 1080.

«[i]l s'agit, en réalité, du même principe que celui qui figure au présent article 91 [du premier protocole de 1977] et à l'article 3 de la IV^e convention de La Haye»²⁰⁷.

Les arguments précédemment exposés ne signifient certes pas que les Etats ne puissent pas conclure des accords en vue d'organiser la phase des réparations proprement dite et de mettre en place les procédures appropriées à cette fin. Or, cela n'est possible que si l'on ne perd pas de vue le fondement et la portée des dispositions en matière de réparation, qui visent en fin de compte à assurer une réparation effectuée aux victimes des violations, et sans tenir en échec l'objet et le but finals de ces dispositions.

B. L'impossibilité de déroger à l'obligation de réparation en matière de crimes de guerre

5.15. Afin de clarifier le régime de la réparation de guerre et de faciliter la compréhension de la logique du système, il convient de souligner que le régime de la réparation pour violations graves du DIH, prévu par les articles 6 et 7 de la I^e convention de Genève de 1949 ainsi que par les articles 51, 52, 131 et 148 susmentionnés des conventions de Genève, n'est pas susceptible de dérogation.

5.16. Les conventions de Genève de 1949 contiennent des dispositions (article 6 de la I^e convention de Genève, article 6 de la II^e convention de Genève, article 6 de la III^e convention de Genève et article 7 de la IV^e convention de Genève) selon lesquelles

«[a]ucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des [personnes protégées], telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde».

Il existe également d'autres dispositions (article 7 des I^e, II^e et III^e conventions de Genève et article 8 de la IV^e convention de Genève) précisant que même les personnes protégées elles-mêmes

95

«ne pourront en aucun cas renoncer partiellement ou totalement aux droits que leur assure la présente Convention».

Ces dispositions font clairement ressortir que ni l'Etat, ni la personne concernée ne sont autorisés à convenir d'une dérogation quelconque ayant pour objet de diminuer les standards de protection définis dans les conventions²⁰⁸.

5.17. En outre, comme il a été mentionné ci-dessus, les dispositions dans le cadre du régime relatif aux violations graves sont également assez claires : «[a]ucune partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent».

Ces dispositions reflètent l'idée qui se trouve à la base de l'ensemble du DIH, selon laquelle les standards concernant la protection des personnes ne doivent pas être laissés à la merci des Etats. Ces derniers ne sauraient transiger au sujet des droits des personnes protégées par les dispositions du DIH en concluant des accords dérogoires. De surcroît, dans certains cas, même les personnes

²⁰⁷ *Commentaire du CICR*, par. 3649, p. 1080.

²⁰⁸ Le texte du paragraphe 85 du mémoire de l'Allemagne est inexact à deux égards : premièrement, parce qu'il nie l'existence de régimes non susceptibles de dérogation avant la reconnaissance de la notion de *jus cogens* dans la convention de Vienne ; deuxièmement, parce qu'il considère comme acquise l'idée selon laquelle le droit nouveau ne peut jamais s'appliquer.

concernées ne sont pas autorisées à renoncer à leurs droits. En d'autres termes, le régime de protection ne permet aucune dérogation *in pejus*.

5.18. Il existe donc un consensus général sur le fait que, déjà pendant la seconde guerre mondiale, le droit régissant les personnes protégées et, en particulier, les prisonniers de guerre, représentait une sorte de *jus cogens* qui était, dans une large mesure, soustrait au pouvoir de négociation des Etats²⁰⁹. Les dispositions de l'article 6 ont simplement clarifié et réaffirmé en des termes explicites un principe qui existait déjà de façon implicite sous l'empire du droit antérieur.

5.19. L'enseignement que l'on peut tirer de ces dispositions est le suivant : les Etats ont certes le droit de conclure des traités sur un grand nombre de questions ; néanmoins, comme l'a affirmé le professeur Tomuschat dans son avis d'expert concernant les internés militaires italiens,

96

«[c]es accords ne sauraient néanmoins affecter d'une manière quelconque le statut protégé de prisonnier de guerre. Le pays d'origine n'est pas davantage autorisé à sacrifier les droits de ses propres soldats capturés à l'étranger, dans le but, par exemple, d'assurer des avantages dans un autre domaine. Certes, les Etats restent le législateur compétent au niveau international. Mais ils ne sont pas autorisés à porter atteinte à des droits qui ont pourtant été institués en vertu de traités mis en vigueur par les Etats eux-mêmes afin de protéger les prisonniers de guerre.

On voit bien que cette disposition renvoie aux expériences négatives de la seconde guerre mondiale et, en particulier, aux accords que le gouvernement de Vichy avait conclus avec le Reich allemand, ainsi qu'à l'accord entre l'Allemagne et l'Italie fasciste. Néanmoins, la doctrine estime que ces accords étaient illicites même à la lumière de la convention de 1929. L'article 3 de la convention de 1929 n'avait pas réglementé la question d'une manière expresse, mais le paragraphe 2 de l'article 83 se réfère de manière explicite au principe de faveur [«Günstigkeitsprinzip»]. On doit en conclure que les Etats parties n'étaient autorisés à passer que des accords prévoyant un traitement encore plus favorable des prisonniers de guerre.»²¹⁰

Cela signifie clairement que le *standard minimum* fixé par les dispositions du DIH en matière de traitement des prisonniers de guerre ne saurait être diminué ni moyennant un accord réciproque entre les Etats, ni, *a fortiori*, de manière unilatérale. Ce standard devrait donc être considéré par les parties comme non susceptible de dérogation.

5.20. Il est important d'observer que dans son commentaire de la Convention de Genève, le CICR explique également que

97

«l'article 7 n'exprime pas un principe entièrement nouveau par rapport aux Conventions de Genève antérieures : tout comme la disposition sur les accords spéciaux, il consacre l'*interprétation raisonnable qui se dégage de ces Conventions*. Les Etats parties sont tenus de les appliquer quand certaines conditions objectives sont réalisées, mais rien dans ces textes ne leur permet de se retrancher derrière la volonté des «prisonniers» pour leur en refuser l'application totale ou partielle. Les auteurs de ces actes solennels, si soucieux d'assurer une protection complète aux victimes de la guerre, auraient-ils désiré faire Etat de la volonté de ces victimes, qu'ils n'auraient pas manqué, sachant combien cette volonté peut être déformée en temps de guerre, de

²⁰⁹ Annexe 8, p. 28 (traduction anglaise).

²¹⁰ Annexe 8, p. 28 (traduction anglaise).

prévoir des garanties et des procédures permettant de s'exprimer en toute liberté — ce qu'ils n'ont pas fait.»²¹¹

On voit donc bien que l'esprit des dispositions de 1949 est le même que celui qui imprégnait les initiatives antérieures, ce qui devrait guider l'interprétation du droit résultant des conventions de La Haye et de Genève antérieures, applicable aux espèces qui sont à l'origine du présent différend. Dans cette perspective, il faudrait procéder à une interprétation selon laquelle il n'appartient pas aux Etats de décider si la protection doit ou non être accordée aux «personnes protégées», ni de déterminer si les personnes protégées ayant été victimes de violations graves du DIH doivent ou non être indemnisées. Les Etats ne jouissent d'un pouvoir de décision *que pour ce qui est des méthodes et des procédures d'exécution* de ces obligations. Les obligations en tant que telles ne sauraient faire l'objet de négociations et doivent en fin de compte être exécutées²¹².

5.21. Le fait que, d'une manière générale, le DIH n'est pas fondé sur le principe de la réciprocité, atteste de la même logique. Si le DIH institue des droits et obligations, ce n'est pas dans l'intérêt des Parties contractantes, mais afin de protéger les personnes. Il s'ensuit logiquement qu'il ne saurait permettre aux Parties contractantes d'engager des négociations afin de diminuer le standard de protection consacré dans les dispositions pertinentes, voire pour supprimer totalement cette protection. Ce postulat n'est pas seulement un principe fondamental du DIH, mais sa raison d'être. Si l'on permettait aux Etats de renoncer tout simplement au droit de réparation des victimes individuelles de violations graves du DIH, cela équivaldrait à priver les règles primaires de toute leur vigueur.

Quel serait l'effet préventif des dispositions instituant les standards de protection, l'obligation de réparation et l'obligation de punir les violations graves du DIH si, à l'issue du conflit, les parties avaient le droit de conclure des accords afin d'entériner ces violations et d'écarter leurs conséquences par des accords interétatiques ?

98 C. La nécessité d'une réparation «effective» et les manières dont les Etats s'acquittent de leurs obligations de réparation

5.22. Enfin, il existe également un autre principe général du droit international selon lequel les réparations doivent en fin de compte atteindre les victimes prises individuellement. Il s'agit du principe général de l'«effectivité».

L'effet des dispositions en matière de réparation ci-dessus examinées ne saurait être contourné par une reconnaissance de pure forme des droits des victimes dans les traités de paix ou moyennant d'autres arrangements prévoyant des forfaits d'indemnisation. Afin que la règle soit respectée dans sa substance, il est nécessaire que des réparations soient en fin de compte offertes aux bénéficiaires finals.

Il s'agit d'une charge qui pèse à la fois sur l'Etat ayant causé les violations et sur celui dont les victimes ont la nationalité. Le premier ne saurait simplement prétendre s'être acquitté de ses obligations en négociant avec le second des formes d'indemnisation collective mais indéterminée. Afin d'exécuter ses obligations en vertu du droit international, il doit conclure des accords

²¹¹ *Commentaire du CICR sur les quatre Conventions de Genève de 1949*, p. 99 (c'est nous qui soulignons).

²¹² Dans un domaine totalement différent, celui des directives communautaires (qui présentent certaines similitudes avec ces obligations), la Cour de justice des Communautés européennes a mis au point une interprétation selon laquelle les Etats sont tenus de l'obligation primaire de mettre en œuvre les directives et jouissent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la manière de procéder à cette mise en œuvre. Néanmoins, à défaut de mise en œuvre des directives, les juges nationaux sont autorisés à faire produire des effets directs à la directive ou, au cas où les dispositions de cette dernière ne sont pas auto-exécutoires, les Etats sont tenus à réparation.

possédant toutes les caractéristiques nécessaires pour assurer de bonne foi l'indemnisation finale des victimes prises individuellement. Toute autre solution ferait échec à l'objet et à la finalité des dispositions concernant la réparation pour violations graves du DIH.

5.23. Il n'est certes guère douteux que la question des réparations puisse être réglée par les Etats moyennant des traités. Or, ce qui est vraiment important, c'est de savoir si les Etats possèdent un pouvoir discrétionnaire absolu pour régler ces questions moyennant des traités bilatéraux ou multilatéraux. A cet égard, il apparaît que deux conditions doivent être remplies : *a)* le régime de réparation en vertu du DIH doit être considéré comme non susceptible de dérogation, de manière à ce que les Etats ne soient en aucun cas autorisés à écarter les droits à réparation en y renonçant tout simplement au nom de leurs ressortissants ; *b)* deuxièmement, les droits des personnes prévus par les dispositions du DIH impliquent non seulement que tout accord interétatique ne saurait avoir pour effet d'écarter totalement l'indemnisation individuelle, mais également qu'il doit donner lieu à une réparation *effective*, ce qui, au moins d'une manière générale, suppose que la demande de justice des victimes prises individuellement doit en fin de compte être satisfaite d'une certaine manière.

99

5.24. Comme il a été mentionné ci-dessus, cette obligation repose sur l'idée selon laquelle que les personnes physiques doivent en fin de compte être indemnisées. Le choix des mécanismes à cet effet est laissé aux Etats, qui peuvent négocier les moyens et les méthodes de la réparation selon leur convenance, mais le résultat n'est pas susceptible de dérogation. Dès lors qu'il existe des victimes individuelles de violations graves du DIH qui n'ont pas été dûment indemnisées, l'Etat responsable n'est pas libéré de ses obligations en vertu des conventions pertinentes et du droit international coutumier.

5.25. La dernière question pertinente à résoudre consiste donc à savoir de quelle manière, en concluant un traité de paix, les parties peuvent régler les problèmes liés à l'indemnisation à raison des violations survenues au cours de la guerre, en tenant compte du fait que toutes ces violations ne sauraient être considérées comme étant des violations graves du DIH.

5.26. D'une manière générale, les parties peuvent régler la plupart des questions liées aux dommages de guerre comme bon leur semble, y compris en renonçant à la plupart des réclamations. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de violations graves du DIH, la situation semblerait radicalement différente. Dans ce contexte, les parties sont tenues

«de [ne pas] renoncer à la poursuite des criminels de guerre, ni aux réparations auxquelles ont droit les victimes des violations des règles des conventions et du protocole»²¹³.

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

²¹³ Voir le *Commentaire du CICR sur les Protocoles additionnels de 1977 aux quatre Conventions de Genève de 1949*, par. 3651, p. 1081.

100 Section III. Les développements ayant marqué le droit international pénal, le droit des droits de l'homme et les autres principes pertinents concernant l'indemnisation des victimes de crimes internationaux

5.27. Afin de mieux clarifier le contexte juridique dans lequel ont statué les juges italiens et de permettre la Cour de se rendre compte des raisons pour lesquelles lesdits juges ont agi conformément au droit international, il convient d'examiner les développements plus récents du droit international en ce qui concerne les droits à indemnisation des victimes de crimes internationaux.

5.28. Cet examen sommaire des développements intervenus après la seconde guerre mondiale dans le domaine du droit international pénal et des droits de l'homme en ce qui concerne les droits des victimes permet de mieux situer le contexte dans lequel doivent être appréciées les décisions des juges italiens. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, on observe une tendance constante à la réaffirmation du fait que les souffrances des victimes de violations graves du DIH et des droits de l'homme doivent être indemnisées moyennant des mesures effectives.

5.29. Les arguments ci-dessus exposés au sujet du régime de la réparation pour violations graves du DIH sont également confirmés par l'ensemble du processus de pénalisation concernant les violations constituant des crimes de guerre, ainsi que les atteintes aux droits fondamentaux de l'homme constitutives de crimes contre l'humanité et du crime de génocide.

5.30. La tendance constante à la pénalisation des violations graves du droit international ne devrait pas être envisagée isolément, comme une mesure destinée simplement à punir les personnes ayant commis des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou le crime de génocide, sans se préoccuper des responsabilités des Etats. La pénalisation ne constitue pas un instrument visant à isoler la responsabilité individuelle en laissant de côté celle des Etats. Ce serait là une interprétation erronée des dispositions concernant les crimes internationaux. Les violations graves du DIH engagent simultanément la responsabilité de l'individu et celle de l'Etat. Comme cette Cour l'a savamment observé, «[la] dualité en matière de responsabilité continue à être une constante du droit international»²¹⁴ ; les crimes internationaux engagent en même temps la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité de l'Etat²¹⁵. La pénalisation ne représente qu'un outil supplémentaire visant à renforcer les chances que les dispositions du DIH soient respectées. Comme il a déjà été indiqué ci-dessus, l'existence d'un régime de réparation d'une rigueur identique et non susceptible de dérogation constitue également une garantie du respect des règles.

101

5.31. Le caractère imprescriptible de la responsabilité pénale individuelle constitue en réalité la contrepartie de l'interdiction de déroger au régime de réparation. De même que la responsabilité des auteurs individuels des crimes internationaux ne saurait être supprimée, il n'est pas davantage possible d'écarter la responsabilité de l'Etat à raison de ces crimes, fût-ce au moyen de négociations avec l'Etat dont les victimes ont la nationalité.

²¹⁴ Affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, par. 173 ; voir d'une manière plus générale les paragraphes 172 à 174.

²¹⁵ Comme le rappelle la CDI dans son *Commentaire sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* (commentaires sur l'article 58, par. 3), «[l]'Etat n'est pas exonéré de sa propre responsabilité pour le comportement internationalement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs» (ACDI 2001, vol. II, deuxième partie, p. 153). Il est inutile de mentionner que l'Allemagne n'a traduit les auteurs individuels devant la justice que dans une infime minorité des cas qui se trouvent à l'origine du présent différend.

5.32. Le fait que l'on ne devrait pas céder à la tentation d'autoriser les Etats à s'exonérer de ces responsabilités est attesté par l'évolution des mécanismes visant à imposer la responsabilité pénale aux personnes physiques. A l'origine, l'objectif principal et prioritaire des règles prévoyant la pénalisation était d'imposer aux Etats l'obligation d'adopter des dispositions nationales pénalisant les violations et instituant la compétence juridictionnelle à l'égard de ces dernières. Les Etats étaient (et sont toujours) tenus de l'obligation de poursuivre et de punir les criminels, et il leur appartenait d'assurer l'exécution de ces obligations. Néanmoins, cette obligation pesait non seulement sur l'Etat dont le criminel avait la nationalité, mais également sur l'Etat sur le territoire duquel les crimes avaient été commis et, dans certains cas, sur tous les pays (comme par exemple dans le cadre du régime des violations graves). Par la suite, de nombreuses institutions internationales ont été créées afin de combler la lacune de l'impunité. Celle-ci découlait principalement du fait que, très souvent, les Etats étaient peu disposés à engager des procédures au niveau national ou n'étaient pas en mesure de le faire, ainsi que de l'absence relative de poursuites.

5.33. Par conséquent, avant de devenir une réalité dont le respect est assuré par des institutions internationales (seulement au cours des années 90), la pénalisation correspondait essentiellement à des obligations incombant aux Etats de poursuivre et punir au niveau national les auteurs allégués de crimes internationaux. En d'autres termes, les Etats étaient parallèlement tenus de l'obligation de poursuivre et punir les auteurs individuels des crimes, et de celle d'indemniser les victimes. Les deux obligations ont pour objectif essentiel d'*assurer le respect des règles primaires*. Elles constituent des moyens de garantir le respect des règles fondamentales du DIH.

102

5.34. Le principe imposant la pénalisation des violations massives du DIH entraîne deux conséquences imbriquées, à savoir l'obligation des Etats de prévenir et de punir ces violations, et l'obligation d'offrir une réparation appropriée et effective. Les deux aspects du régime s'imbriquent et doivent être considérés comme non susceptibles de dérogation car, à défaut, ces instruments perdraient tout effet préventif ou dissuasif.

5.35. On voit bien, dans ce contexte, que les obligations de réparation n'ont pas été écartées suite à la pénalisation des violations graves du DIH. Le fait que de nombreux agents du III^e Reich ont été poursuivis et punis pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité n'a pas automatiquement pour effet d'exonérer l'Allemagne de ses obligations de réparation. Comme cela été le cas en matière de poursuite et de châtement des criminels de guerre, si l'Allemagne n'engage pas elle-même les procédures, ces obligations devront être exécutées par d'autres Etats.

5.36. En outre, le statut des victimes a fait l'objet de développements importants en droit international pénal suite à l'adoption du statut de la Cour pénale internationale et à la mise en place du Fonds au profit des victimes. Cela atteste une fois de plus du fait que la communauté internationale n'a pas hésité à reconnaître que les demandes d'indemnisation des victimes de crimes internationaux graves ne sauraient être écartées. Les critiques dont avaient fait l'objet les tribunaux *ad hoc* des Nations Unies, devant lesquels la participation des victimes n'était pas autorisée, ont donné lieu à la reconnaissance d'un droit à l'indemnisation que les victimes peuvent faire valoir en justice. Le statut de la Cour pénale internationale lui-même n'a pas créé le droit des victimes à l'indemnisation, mais n'a fait que reconnaître le fait que les victimes avaient le droit d'introduire des actions en réparation devant la Cour. Il a offert aux victimes une voie procédurale pour l'exercice de leurs droits préexistants. Cela permet de comprendre pourquoi les dispositions concernant l'indemnisation des victimes devant la Cour pénale internationale s'appliquent indépendamment du fait si l'Etat dont le criminel à la nationalité, l'Etat dont la victime la nationalité ou celui sur le territoire duquel les crimes ont été commis, sont ou non parties au Statut.

5.37. La tendance au renforcement progressif des régimes de réparation par la reconnaissance de droits spécifiques des personnes de s'adresser aux tribunaux pour demander une réparation est également attestée par d'autres développements survenus après la seconde guerre mondiale.

103

5.38. Le droit des droits de l'homme et les régimes de responsabilités associées à celui-ci se caractérisent par la préoccupation constante d'accorder aux personnes des droits à l'indemnisation susceptibles d'être réalisés en justice. Dans le cadre du système de la convention européenne tout comme dans celui de la convention interaméricaine (et, dans l'avenir, dans celui du système africain), les personnes se sont vu accorder le droit d'obtenir une indemnisation devant les juridictions régionales compétentes contre les pays violant les dispositions des conventions, sans que l'immunité ne pût être invoquée.

5.39. Il en va de même, quoique dans un contexte radicalement différent, dans le cadre du système de l'Union européenne, où les personnes physiques ou morales peuvent obtenir une réparation devant les juridictions nationales en cas de non-respect par les Etats membres de leurs obligations prévues par le droit de l'UE.

5.40. Enfin, outre les développements survenus dans le cadre des conventions régionales sur les droits de l'homme et dans celui du droit international pénal, on a vu apparaître divers instruments de *soft law* ayant un caractère universel, qui confirment l'existence d'une approche à l'égard des droits des victimes qui demande d'une manière plus énergique la reconnaissance directe des obligations des Etats à l'égard des victimes prises individuellement.

5.41. L'Assemblée générale de l'ONU a adopté deux déclarations importantes concernant les droits des victimes. La première, datant de 1985, vise essentiellement les victimes de crimes prévus par la législation nationale et les victimes d'abus de pouvoir émanant des autorités publiques, même si l'abus en question n'était pas pénalisé par le droit national. Cette déclaration constitue une tentative de développer la protection des droits individuels face aux autorités de l'Etat dans l'esprit du droit traditionnel des droits de l'homme. Dans le même temps, la déclaration vise à faire en sorte que les Etats accordent aux victimes de crimes graves un *droit à la justice et à la réparation* indépendamment de la participation des autorités publiques à la commission de ces crimes. En particulier, en vertu de la déclaration de 1985, les victimes «ont droit à l'accès aux instances judiciaires et à une réparation rapide du préjudice qu'elles ont subi, comme prévu par la législation nationale»²¹⁶.

104

5.42. La deuxième déclaration de l'Assemblée générale de l'ONU a été adoptée vingt ans plus tard, en 2005, et s'intitule «Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire». La déclaration de 2005 marque un pas en avant en renforçant la protection des droits des victimes à l'échelle internationale. La déclaration affirme expressément que sa valeur juridique obligatoire repose essentiellement sur des obligations juridiques préexistantes des Etats. A cette fin, la déclaration rappelle expressément tous les instruments internationaux dans les domaines des droits de l'homme et du droit humanitaire qui confèrent des droits aux victimes des violations (article 8 de la DUDH, article 2 du PIDCP, article 6 de la convention internationale contre la discrimination raciale, article 14 de la convention contre la torture, article 39 de la convention sur les droits de l'enfant,

²¹⁶ Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Résolution 40/34 de l'Assemblée générale du 29 novembre 1985, annexe I, par. 4.

article 3 de la convention de La Haye du 18 octobre 1907, article 91 du premier protocole additionnel de 1977 et articles 68 et 75 du statut de la CPI) et codifie les droits que le droit international confère aux victimes d'infractions graves.

5.43. L'idée est que les Etats sont déjà tenus de diverses obligations d'assurer une réparation appropriée aux victimes de violations graves du droit international, y compris une indemnisation. A cet égard, la déclaration affirme très clairement qu'elle ne vise pas à imposer de nouvelles obligations juridiques en droit international ou interne, mais se propose (seulement) de définir des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques préexistantes (préambule, septième alinéa). En particulier, le paragraphe 3 c) de la résolution invite les Etats à assurer aux «victimes d'une violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire l'accès effectif à la justice ... quelle que soit, en définitive, la partie responsable de la violation»²¹⁷.

5.44. Tous ces développements illustrent une reconnaissance générale des droits des victimes prises individuellement à obtenir réparation moyennant la saisine d'un juge (c'est-à-dire le «droit à l'accès à la justice»). Ce droit fait partie intégrante de la notion d'Etat de droit, que l'Italie et l'Allemagne sont tenues de reconnaître en vertu de leur dispositions constitutionnelles tout comme en vertu des traités auxquels elles sont parties, tels que les traités de l'Union européenne.

5.45. C'est dans ce contexte juridique que les juges italiens ont été appelés à statuer sur la recevabilité des actions en réparation des victimes.

Section IV. Les obligations de réparation de l'Allemagne à raison des violations graves du DIH à l'encontre de victimes italiennes

5.46. Les événements décrits au chapitre II constituent les faits sur lesquels est fondée à l'origine l'obligation de réparation pesant sur l'Allemagne en vertu de l'article 3 de la III^e convention de La Haye, ainsi qu'en vertu des modifications ultérieures de celle-ci et des règles coutumières. L'Italie est consciente du fait que l'Allemagne avance plusieurs arguments afin de nier le fait qu'elle est tenue d'obligations de réparation ou de suggérer qu'elle aurait déjà exécuté ces obligations. L'Italie estime que l'obligation de l'Allemagne d'indemniser les victimes italiennes de violations graves du DIH est fondée sur l'acceptation de ces obligations par l'Allemagne en vertu des deux accords conclus en 1961 avec l'Italie, qui prévoyaient des réparations en faveur de certaines victimes italiennes.

105

5.47. L'Allemagne semble affirmer que l'Italie aurait renoncé aux réclamations en matière de réparation en vertu du traité de paix de 1947, auquel l'Allemagne n'est pas partie, même si elle prétend pouvoir en bénéficier. Comme on le sait bien, l'article 77 du traité de paix entre l'Italie et les puissances alliées prévoit :

«Sans préjudice de ces dispositions et de toutes autres qui seraient prises en faveur de l'Italie et des ressortissants italiens par les Puissances occupant l'Allemagne, l'Italie renonce, en son nom et au nom des ressortissants italiens, à toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands, qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945, à l'exception de celles qui résultent de contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur ainsi que de droits qui étaient acquis avant le 1^{er} septembre 1939. Cette renonciation sera considérée comme s'appliquant aux créances, à toutes les réclamations de caractère intergouvernemental relatives à des accords conclus au

²¹⁷ Résolution 60/147 de l'Assemblée générale du 16 décembre 2005, annexe (c'est nous qui soulignons).

cours de la guerre et à toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre.»

Néanmoins, cette disposition ne saurait être considérée comme une stipulation en faveur de l'Allemagne elle-même et, même si elle l'était, elle ne saurait s'appliquer aux violations graves du DIH.

5.48. Le paragraphe 4 de l'article 77 ne contient aucune référence aux réclamations découlant de violations du droit international et, en particulier, du DIH. Comme tout autre pays, l'Italie ne saurait renoncer aux réclamations de ses ressortissants en la matière car, comme il a été indiqué ci-dessus, le régime de réparation mis en place par les règles du DIH n'est pas à la disposition des parties contractantes. Les parties peuvent organiser les moyens et méthodes en vue de l'octroi des réparations, mais elles ne peuvent simplement supprimer ces dernières en renonçant aux réclamations.

5.49. L'Italie aimerait attirer l'attention sur trois éléments qui clarifient le champ d'application et le but du paragraphe 4 de l'article 77, et faire observer que cette disposition n'a jamais été conçue pour viser la réparation pour crimes de guerre et autres violations graves du DIH. Premièrement, il existe un argument d'ordre systémique et contextuel. L'article 77, envisagé dans le contexte de ses autres paragraphes et des articles précédents, est axé sur les droits régis par le droit privé. Cela donne à penser que cette disposition particulière a été conçue comme s'appliquant aux réclamations et obligations commerciales et contractuelles, en particulier «celles qui résultent de contrats et d'autres obligations», ainsi que les «créances» et les «réclamations ... relatives à des accords conclus au cours de la guerre». Il s'ensuit que les réclamations nées de violations des lois de la guerre et du droit humanitaire imputables au Reich allemand n'étaient pas incluses dans le champ d'application du paragraphe 4 de l'article 77. Cela découle également de son libellé, à savoir «réclamations ... qui n'étaient pas réglées au 8 mai 1945», qui convient aux réclamations de nature contractuelle, mais non pas à celles découlant de violations du DIH. Dans ce contexte, l'expression «réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre» semble viser les dommages de guerre «ordinaires», en particulier les dommages causés aux biens. Comme l'a clarifié Sir Fitzmaurice, quoique dans un contexte un peu différent :

«[I] est loin d'être clair si cette déclaration de la part des alliés emporte renonciation totale à toutes les réclamations de guerre possibles autres que celles visées expressément aux articles susmentionnés. En d'autres termes, il n'est pas clair si elle a nécessairement pour effet d'exonérer les anciens pays ennemis des réclamations portant sur des faits illicites proprement dits, ou sur des violations de leur part des règles de la guerre. On peut soutenir que le champ d'application de la déclaration était conçu comme se limitant au type de réclamations qui ne peuvent être formulées à l'encontre d'un pays ennemi qu'en vertu d'une disposition expresse du traité de paix et ne sauraient exister de manière indépendante en vertu des règles générales du droit.»²¹⁸

5.50 Deuxièmement, il existe un argument d'ordre téléologique confirmant le raisonnement ci-dessus. Les alliés n'avaient aucune raison de protéger l'Allemagne des demandes de réparation, comme en attestent les événements ultérieurs. Après la guerre, l'intérêt fondamental des alliés était de pouvoir utiliser l'intégralité du potentiel économique de l'Allemagne à leurs fins. Dans ce contexte, il n'est pas probable que le paragraphe 4 de l'article 77 ait été conçu pour exonérer l'Allemagne de ses responsabilités à raison des crimes de guerre commis en Italie ou à l'encontre

²¹⁸ Voir G. G. Fitzmaurice, «The Juridical Clauses of the Peace Treaties», in *Recueil des Cours*, vol. 73 (1948-II), p. 255-367, p. 340, note 1.

107

de ressortissants italiens à partir de juillet 1943. De même, il ne serait pas logique d'affirmer que les alliés aient souhaité tenir l'Allemagne à l'abri de la responsabilité d'indemniser les victimes de la persécution nazie, ce qui résulterait en théorie d'une lecture large de l'expression «toutes réclamations». Les principes fondamentaux de la politique des alliés à l'égard de l'Allemagne après la guerre prévoyaient d'instituer la responsabilité et d'assurer une réparation adéquate, comme en attestent l'accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe du 8 août 1945²¹⁹, la loi n°10 du Conseil de contrôle en Allemagne sur le châtement des individus coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité du 20 décembre 1945²²⁰, la directive n° 38 du Conseil de contrôle du 12 octobre 1946 relative à l'«arrestation et au châtement des criminels de guerre, nazis et militaristes et à l'internement, au contrôle et à la surveillance des Allemands potentiellement dangereux»²²¹. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 2 de cette directive définissait comme étant de «grands criminels» dont la responsabilité devait être engagée «quiconque, en Allemagne ou sur les territoires occupés, a traité des civils ou des prisonniers de guerre étrangers d'une manière contraire au droit international» et «quiconque est responsable d'actes de violence, de pillages, de déportations ou d'autres actes de brutalité, même s'ils ont été commis au cours de la lutte contre des mouvements de résistance». La législation allemande sur l'indemnisation des victimes de la persécution national-socialiste adoptée après la guerre puise ses racines dans la législation des autorités d'occupation alliées et

«était inspiré par les puissances occupantes ; l'indemnisation des victimes des nazis faisait partie des objectifs fondamentaux de la politique d'occupation des alliés ; les règles à cette fin ne pouvaient être édictées que par les autorités allemandes avec l'approbation des gouvernements militaires alliés. En conséquence, le droit allemand actuel en matière d'indemnisation constitue un ensemble de règles ayant pour origine les dispositions prises par les pouvoirs d'occupation.»²²²

5.51. Enfin, pour les puissances alliées gouvernant l'Allemagne à l'époque, le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 constituait une garantie du fait qu'elles seraient en mesure d'utiliser toutes les ressources de l'Allemagne en vue de l'accomplissement de leurs objectifs et n'auraient pas, à ce stade, à tenir compte de l'obligation de verser des réparations à l'Italie, qui avait par ailleurs été l'alliée de l'Allemagne pendant la majeure partie de la guerre.

5.52. De surcroît, il importe de préciser que l'Italie n'avait pas et n'aurait pas pu renoncer à toutes réclamations au travers de l'article 77 du traité de paix de 1947. Pour l'ensemble des raisons précédemment exposées, l'Italie n'aurait pas pu renoncer à toutes les réclamations des victimes de violations graves du DIH à obtenir une réparation, même en admettant qu'elle ait souhaité le faire, puisque le régime de la réparation pour crimes de guerre ne se trouve pas à la disposition des Etats concernés.

²¹⁹ Pour le texte, voir I. von Münch (sous la dir. de), *Dokumente des geteilten Deutschland*, vol. I, 2^e éd. (Stuttgart, 1976), p. 43 et suiv.

²²⁰ Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne, n° 3 du 31 janvier 1946, p. 22 et suiv.

²²¹ Pour le texte, voir W. Friedmann, *The Allied Military Government of Germany*, (London, 1947), p. 314 et suiv.

²²² A. Schüler, «Österreicher von der Wiedergutmachung ausgeschlossen? Zum Urteil des BGH vom 22.6.1960», in *Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht* 1960, p. 535-538, p. 537. L'auteur en a conclu que les réclamations des ressortissants autrichiens en vertu de la législation allemande sur l'indemnisation des victimes du nazisme n'étaient généralement pas visées par la renonciation figurant au paragraphe 3 de l'article 23 du traité de l'État autrichien en raison de la disposition «*Sans préjudice des ... dispositions ... qui seraient prises* en faveur de l'Autriche et des ressortissants autrichiens par les Puissances occupant l'Allemagne» (c'est nous qui soulignons). Le même argument peut être avancé au sujet du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix avec l'Italie.

108

5.53. Enfin, il ressort de la pratique ultérieure que l'Allemagne était parfaitement consciente de la portée réelle d'une telle clause, qui n'avait pas visé les réparations à raison de crimes de guerre et ne pouvait le faire. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 14 décembre 1955²²³, la Cour suprême fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), bien que rejetant la demande en l'espèce, a clairement affirmé que la renonciation stipulée par l'Italie n'avait pas eu pour effet un règlement définitif de la question car, conformément au libellé même de la disposition, elle avait été convenue «[s]ans préjudice de [toutes] ... dispositions ... qui seraient prises en faveur de l'Italie et des ressortissants italiens par les Puissances occupant l'Allemagne». La Cour a donc reconnu que les réclamations italiennes et les obligations allemandes correspondantes existaient toujours.

5.54. Il est toutefois clair que l'Allemagne ne saurait se prévaloir à présent de la clause de renonciation de 1947 puisque, plus de dix ans après le traité de paix de 1947, elle a reconnu, au travers des accords conclus en 1961 avec l'Italie, qu'elle était tenue d'obligations de réparation portant sur certaines questions d'ordre économique liées aux réclamations pendantes, ainsi qu'à l'égard des victimes de persécutions. Ce faisant, l'Allemagne a posé d'une manière explicite le fondement de ses obligations de réparation à l'égard des victimes italiennes de crimes de guerre.

5.55. La conclusion des accords de 1961 constitue une renonciation claire de la part de l'Allemagne à la possibilité de se prévaloir de la prétendue «clause de renonciation» du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947. Même si l'on admettait que par cette disposition, l'Italie ait eu l'intention de renoncer à toutes les réclamations, y compris celles (examinées en l'espèce) liées à des violations graves du DIH, la conclusion des accords de 1961 interdit une fois pour toutes à l'Allemagne de se prévaloir de la prétendue clause de renonciation de 1947.

5.56. Par les accords de 1961, l'Allemagne a contracté l'obligation de ne pas invoquer le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947. L'Allemagne elle-même avait affirmé que «des divergences étaient apparues entre la République fédérale et l'Italie quant à la signification de cette renonciation» et qu'il était donc nécessaire de conclure de nouveaux accords pour résoudre ces divergences. Ces nouveaux accords (les traités de 1961) impliquent que l'Allemagne renonce à son droit de se prévaloir de la prétendue clause de renonciation de l'Italie de 1947. Qui plus est, ces accords représentent également la reconnaissance par l'Allemagne de l'existence des obligations de réparation. Comme il est clairement indiqué dans l'échange de lettres du 2 juin 1961 entre la République fédérale d'Allemagne et l'Italie, l'Allemagne a assumé un engagement selon lequel «les réclamations soulevées par des ressortissants italiens qui [avaient] été exclues de manière définitive et contraignante en vertu du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix italien, [devaient] faire l'objet d'un réexamen»²²⁴. Il convient également de souligner à cet égard que dans un mémorandum soumis aux assemblées parlementaires le 30 mai 1962, le gouvernement fédéral a rappelé que le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix excluait d'une manière générale les réclamations italiennes contre l'Allemagne et les ressortissants allemands découlant de la seconde guerre mondiale, et a ajouté :

109

«Cependant, la nature particulière des réclamations portant sur l'indemnisation à raison des mesures de la persécution national-socialiste (*Ansprüche auf Wiedergutmachung nationalsozialistischer Verfolgungsmaßnahmen*) justifie

²²³ Arrêts du *Bundesgerichtshof en matière civile* [BGHZ] vol. 19, p. 258 et suiv., p. 265, affirmant que «les puissances alliées n'avaient demandé la renonciation de la part de l'Italie que dans leur propre intérêt. Elles souhaitent empêcher que les capacités économiques de l'Allemagne ne fussent affectées par des réclamations émanant de pays ayant été d'anciens alliés du Reich et de ressortissants de ces pays, afin de mieux réaliser leurs propres réclamations et celle de leurs ressortissants» (notre traduction).

²²⁴ Voir l'échange de lettres du 2 juin 1961 entre le secrétaire d'Etat du ministère fédéral des Affaires étrangères, Karl Carstens, et l'ambassadeur d'Italie Pietro Quaroni (annexe 4).

que l'on ne s'oppose pas aux demandes présentées en vertu du *Bundesentschädigungsgesetz* en invoquant l'article 77, paragraphe 4... En ce qui concerne le *Bundesrückerstattungsgesetz* du 19 juillet 1957, le gouvernement fédéral avait déjà, avant la signature du traité entre l'Allemagne et l'Italie du 2 juin 1961, donné aux autorités compétentes allemandes l'instruction de ne pas s'opposer aux demandes de restitution en se prévalant de l'article 77, paragraphe 4, du traité de paix avec l'Italie du 10 février 1947.»²²⁵

5.57. Néanmoins, contrairement à ce que l'Allemagne suggère²²⁶, les accords de 1961 ne règlent pas de manière définitive la question des réparations. Cela est également attesté par les dispositions des accords eux-mêmes, qui reconnaissent le droit des victimes de demander une indemnisation en vertu de la législation allemande, lorsque celle-ci est applicable, ainsi que par les dispositions déterminant le champ d'application des accords, qui concernent les questions économiques pendantes et l'indemnisation des victimes de persécution.

5.58. Les deux traités de 1961 constituent une reconnaissance claire des obligations de l'Allemagne d'indemniser les victimes italiennes. Néanmoins, ils ne représentent qu'une exécution partielle de ces obligations. Le premier traité, également appelé «traité sur le règlement», se réfère en des termes généraux à l'objectif de régler «les questions économiques pendantes» (que le mémorandum du gouvernement définit comme étant «toutes sortes de réclamations ... fondées sur des droits et des faits remontant à l'époque de la seconde guerre mondiale, qui avaient été exclues en vertu de la renonciation aux réclamations de la part de l'Italie»). Quant au deuxième traité (le «traité sur l'indemnisation»), il prévoyait le versement d'un montant forfaitaire en faveur des victimes italiennes de la persécution national-socialiste. Ainsi, les questions réglées par les accords de 1961 se limitaient, d'une part, aux questions économiques pendantes qui n'étaient définies que comme celles visées par la cause de renonciation de 1945, et, d'autre part, à l'indemnisation des victimes de la persécution national-socialiste.

110

L'indemnisation de toutes les autres victimes de crimes de guerre n'était ni mentionnée, ni réglementée par ces accords, cette question devant être réglée dans la législation nationale allemande et dans le cadre négociations ultérieures entre les deux pays.

5.59. L'Allemagne pourrait difficilement nier le fait qu'en 1961, elle a confirmé et renouvelé les obligations de réparation envers les victimes italiennes en créant une «situation nouvelle», ce qui avait fait naître dans l'esprit des communautés de victimes italiennes l'attente selon laquelle les souffrances et les préjudices causés par les crimes de guerre seraient indemnisés. Si les accords de 1961 constituent le fondement de l'obligation de réparation envers les victimes italiennes à raison des violations graves du DIH, ils ne représentent pas l'unique instrument dont les victimes pourraient se prévaloir. En vertu d'une mention expresse figurant dans les accords eux-mêmes, des mesures prévues par le droit allemand pouvaient reconnaître des possibilités supplémentaires pour les victimes italiennes. En outre, étant donné que le champ d'application des accords était clairement limité, ne visant pas toutes les réclamations potentielles, des mesures supplémentaires appropriées devraient être prises pour assurer une réparation à toutes les victimes.

5.60. Il n'est pas trop tard pour essayer de connaître la raison pour laquelle de telles mesures supplémentaires ne furent jamais adoptées. L'Italie ne pourrait ici qu'affirmer une fois de plus que le principe de la réparation effective doit s'appliquer sur un pied d'égalité à ceux qui ont obtenu une réparation en vertu des accords et à ceux qui n'ont pas visés par cette réparation. Une situation

²²⁵ *Drucksache des Deutschen Bundestages IV/438*, p. 9.

²²⁶ MA, par. 11.

dans laquelle certaines victimes de violations graves du droit international devraient bénéficier d'une indemnisation, alors que d'autres non, serait onéreuse et injuste pour les victimes (et également très difficile à justifier à la lumière du principe fondamental de l'égalité de traitement).

5.61. Près de quarante ans plus tard, en 2000, à la suite de la pression découlant de plusieurs affaires pendantes ou réglées par des juridictions nationales dans le monde entier, l'Allemagne adopta la loi sur la fondation «Souvenir, responsabilité et avenir», qui prévoit l'indemnisation de certaines victimes de persécutions. Or, une fois de plus, les victimes italiennes se virent refuser l'indemnisation, en vertu d'un argument extrêmement alambiqué qui mérite d'être condamné (et l'a été d'emblée par l'Italie) à cause du raisonnement particulièrement déroutant sur lequel il repose.

111

5.62 En résumé, de nombreux internés militaires italiens présentèrent des demandes d'indemnisation devant les autorités compétentes en vertu de la loi de 2000. Cette loi prévoyait l'indemnisation de certaines victimes des crimes du III^e Reich, mais laissait les prisonniers de guerre en dehors de son champ d'application (en vertu de l'article 11.3). Les demandes des IMI furent examinées mais furent rejetées au motif qu'aux fins de l'application de la loi de 2000, ces personnes devaient être considérées comme des prisonniers de guerre. Ainsi, ces personnes, auxquelles le statut de prisonniers de guerre avait en réalité été refusé à l'époque où il leur aurait assuré une protection (et qui avaient en conséquence été maltraitées de plusieurs manières), se virent finalement reconnaître ce statut dans une situation où cette reconnaissance aurait pour effet de les exclure du bénéfice de toute indemnité. En vertu de ce raisonnement qui laisse perplexe, puisque ces militaires internés ne pouvaient être privés du statut de prisonniers de guerre (qui n'est pas susceptible de dérogation), ils devraient être considérés, aux fins de l'application de la loi de 2000, comme des prisonniers de guerre et, partant, ne pas avoir droit à réparation. Ce raisonnement atteste du fait qu'au fond, les autorités allemandes ne sont pas disposées à exécuter leurs obligations. C'est à la suite de cette argumentation que les juges italiens eurent à se prononcer.

5.63. Pour l'ensemble des raisons ci-dessus exposées, l'Allemagne est toujours tenue de l'obligation d'assurer la réparation effective des victimes italiennes de violations graves du DIH. Cette obligation, qui ne découle que sur le plan historique des crimes commis par les agents du III^e Reich au cours de la seconde guerre mondiale, est essentiellement fondée sur la décision de l'Allemagne d'après-guerre, ayant reçu une expression officielle au travers des accords de 1961, d'assumer l'obligation d'assurer une réparation aux victimes italiennes. Ces accords constituent en même temps le fondement de l'obligation et une exécution imparfaite et partielle de celle-ci. En tout Etat de cause, ils impliquent nécessairement l'abandon de la clause de renonciation et représentent le fondement de toutes les réclamations ultérieures de la part des victimes italiennes, y compris celles basées sur le droit allemand.

5.64. Malheureusement, après les accords de 1961, rien, ou presque rien, ne fut fait en faveur des victimes italiennes. Comme il a été indiqué ci-dessus, le DIH n'impose pas aux Etats une manière déterminée et exclusive en vue de l'exécution de leurs obligations. Néanmoins, le DIH ne permet pas aux Etats d'abandonner la protection accordée aux personnes protégées et aux victimes moyennant la conclusion d'accords. D'après la position de l'Italie, l'Allemagne n'a que partiellement exécuté ses obligations à l'égard des victimes italiennes et elle est donc toujours tenue de l'obligation d'assurer une réparation effective.

5.65. L'analyse de la position de l'Allemagne au sujet de ses obligations de réparation envers les victimes italiennes de violations graves du DIH permet de constater que la perception de ces obligations était plutôt faible dès le départ. On semble constater une certaine réticence de la part de l'Allemagne quant à la reconnaissance et à l'exécution de ces obligations. Cette approche pourrait

112

trouver une explication si l'on se reporte aux développements historiques des dernières années de la seconde guerre mondiale et de l'immédiat après-guerre. Il faut reconnaître qu'en 1961, l'Allemagne fit un pas en avant lorsqu'elle abandonna l'idée selon laquelle il n'y avait pas lieu à réparation au profit d'une approche plus nuancée, et opta pour une logique conduisant à la reconnaissance de ses obligations. Néanmoins, elle n'exécuta que dans une mesure restreinte lesdites obligations. Les accords de 1961 avec l'Italie furent considérés (une fois de plus à tort) comme réglant de manière définitive toutes les questions liées aux obligations de réparation. Cette idée se trouve à la base de l'approche de l'Allemagne à l'égard de l'ensemble de la question. Or cette approche est erronée. Les accords de 1961 contiennent des clauses limitant clairement leur champ d'application, ce qui les rend par définition impropres à régler toutes les réclamations et toutes les obligations de réparation.

5.66. Les accords de 1961 constituent une «situation nouvelle» en vertu de laquelle *a)* l'Allemagne a reconnu son obligation envers les victimes italiennes de violations graves du DIH ; *b)* les accords prévoient certaines mesures de réparation limitées (concernant les réclamations pendantes de nature économique ainsi que les réclamations émanant des victimes de la persécution pour plusieurs causes particulières), mais, dans le même temps *c)* ces accords n'ont pas réglé plusieurs autres situations. A cet égard, au bout d'une longue période marquée par l'incertitude et de nombreuses promesses non remplies, les victimes italiennes furent finalement exclues du champ d'application de la loi de 2000, et ce en vertu d'arguments plutôt non convaincants.

5.67. La situation ci-dessus exposée constitue le contexte juridique qui a empêché les juges italiens de rejeter des demandes de réparation n'ayant pas été honorées pendant trop longtemps, et qui les a contraints de rejeter l'argument de l'Allemagne tiré de l'immunité.

5.68. Les arguments formulés par l'Allemagne, selon lesquels les juges italiens auraient à tort procédé à une application rétroactive de notions appartenant au droit actuel, sont défectueux à trois égards.

Premièrement, pour ce qui est des obligations non susceptibles de dérogation, l'Italie a établi que dans certains domaines et, en particulier, dans celui des obligations de réparation pour violations graves du DIH, elles existaient avant la convention de Vienne de 1969.

Deuxièmement, à l'instar de tout débiteur défaillant, l'Allemagne s'est exposée au risque de l'évolution du droit, qui peut rendre plus favorable la position du créancier de l'obligation.

Troisièmement, à la lumière de l'objet et du but des dispositions instituant l'obligation de réparation pour violations graves du DIH, il est logique de considérer que toutes dispositions nouvelles ayant pour objet d'assurer ou d'améliorer le caractère effectif de la réparation doivent s'appliquer.

5.69. Enfin, la violation par l'Allemagne des obligations de réparation présente un caractère continu. Comme il est précisé au paragraphe 2 de l'article 14 des articles de la CDI sur la responsabilité des Etats,

113

«[I]a violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale».

Dans ces cas, le droit applicable n'est pas seulement celui qui existait à l'époque de la violation initiale, mais comprend également toute évolution de ce droit, en particulier en ce qui concerne les aspects procéduraux de celui-ci.

114

CHAPITRE VI L'ÉQUILIBRE À ASSURER ENTRE L'IMMUNITÉ ET L'OBLIGATION DE RÉPARATION

Section I. La position des juges italiens quant au conflit entre l'immunité et la réparation

A. Introduction

6.1. Les juridictions italiennes ont systématiquement respecté le principe de l'immunité des Etats à chaque fois qu'il y avait lieu de le faire²²⁷. Cela a été clairement indiqué au chapitre IV. Néanmoins, à partir de la fin des années 90 et, en particulier, au cours des cinq dernières années (lorsque les derniers espoirs d'obtenir une réparation en vertu du droit allemand se sont évaporés), les juges italiens ont dû faire face à plusieurs demandes émanant de victimes de violations graves du DIH qui, pendant cinquante ans, n'avaient pas obtenu une réparation effective à raison des crimes commis à leur encontre par le Reich allemand.

6.2. Il est vrai que l'existence d'obligations de réparation à l'égard de victimes de violations graves du DIH n'a pas automatiquement pour conséquence d'autoriser les personnes à introduire des actions en justice devant les juridictions nationales ou internationales contre les Etats sur lesquels pèse cette obligation, et qu'elle n'implique pas normalement que dans le contexte des procédures suivant la saisine des juridictions nationales, les Etats perdent nécessairement leur droit à l'immunité de juridiction. Les obligations de réparation n'entraînent pas, par elles-mêmes, ces conséquences ; néanmoins, elles ne les excluent pas non plus. La manière dont les principes régissant les actions en justice formées devant les juridictions nationales fonctionnent dans chaque espèce dépend des particularités de l'affaire, de son contexte, ainsi que des règles nationales concernant la mise en œuvre du droit international qui existent dans les systèmes internes.

115

6.3. Comme nous l'avons vu ci-dessus au chapitre V, l'obligation de réparation pour violations graves du DIH implique nécessairement qu'une réparation effective doit en fin de compte être accordée aux victimes. A cet égard, l'immunité ne saurait constituer un instrument permettant aux Etats de se soustraire à l'exécution de leurs obligations internationales, en particulier lorsque les droits des personnes sont en cause et lorsque le retard dans l'exécution de ces obligations correspond à plus d'un demi-siècle. Comme cette Cour l'a déclaré de manière non équivoque, précisément dans le domaine des crimes internationaux, «l'immunité de juridiction ... ne signifie pas ... une impunité»²²⁸.

6.4. Cette déclaration importante émanant du principal organe juridictionnel des Nations Unies ne saurait rester sans conséquences même en l'espèce. S'il est vrai que l'immunité pourrait, par exemple, impliquer l'impossibilité pour les demandeurs de saisir une juridiction dans leur propre pays (et ce bien que les crimes soient survenus sur le territoire dudit pays), ces personnes devraient alors être autorisées à saisir les juridictions nationales ou des autorités administratives de l'Etat responsable, ou bien cet Etat doit conclure des accords pertinents en vue d'assurer une réparation au profit des victimes.

²²⁷ Voir ci-dessus, chap. IV, sect. II.

²²⁸ Arrêt rendu dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2002, par. 60.

Néanmoins, dans les affaires qui se trouvent à l'origine du présent différend, plusieurs demandeurs avaient en effet essayé d'obtenir une réparation devant les autorités compétentes allemandes, mais se virent systématiquement refuser la réparation qui leur était due. Il s'ensuit que dans ces cas, l'immunité équivaldrait effectivement à l'impunité. En outre, les principes définis en Allemagne tant par les autorités juridictionnelles que par les autorités administratives, qui ont pour plusieurs raisons exclu les victimes italiennes du bénéfice des réparations en vertu de la législation allemande, amènent inévitablement à conclure que selon toute probabilité, toute tentative d'exercer un recours devant les autorités allemandes serait totalement infructueuse. Cela est également attesté par l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle les clauses de renonciation figurant dans le traité de paix de 1947 et dans les accords de 1961 avec l'Italie auraient pour effet d'exclure toutes les réclamations qui sont à l'origine du présent différend. Tous ces éléments ne sauraient avoir qu'une seule conséquence : l'octroi de l'immunité en l'espèce équivaldrait à exonérer l'Allemagne de ses responsabilités.

116

6.5. Quoique dans un contexte légèrement différent (celui de la responsabilité pénale individuelle pour crimes internationaux), cette Cour a affirmé très clairement que «l'immunité de juridiction ... ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale»²²⁹. Pourquoi l'immunité devrait-elle exonérer l'Etat de toute responsabilité ?

6.6. Ce n'est que dans ce contexte que les tribunaux italiens ont exercé leur pouvoir de juridiction à l'égard des actions des victimes italiennes de violations graves du DIH en écartant l'immunité de l'Allemagne. Les juges italiens ont été confrontés à des affaires particulièrement complexes dans lesquels l'obstacle procédural de l'immunité n'était pas le seul principe important du droit international qui était en cause. En plus de l'immunité, des principes d'une importance égale, reflétant les vues des Etats dans le domaine du droit international, devaient être dûment examinés dans les espèces en question. En particulier, le principe existant de longue date selon lequel les violations du DIH exigent une réparation appropriée (examiné ci-dessus au chapitre V), l'existence de l'idée selon laquelle il est des règles auxquelles les Etats ne peuvent déroger, avec toutes les conséquences qui en découlent (chapitre IV et V), l'affirmation clairement exprimée de l'existence de violations graves du droit international (c'est-à-dire les *crimina juris gentium*) que la législation nationale ne saurait autoriser ni tolérer, le caractère imprescriptible de ces violations graves, la rhétorique propre au domaine des droits de l'homme, concernant le droit à disposer de voies de recours appropriées pour obtenir la réparation des préjudices (également dénommé «accès à la justice») et l'attention croissante accordée aux droits des victimes de violations graves des droits de l'homme et du DIH. Tous ces éléments, qui reposent incontestablement sur le droit international existant (consacré tant dans la coutume que dans les nombreux traités), ont inévitablement influencé les décisions des juridictions italiennes. En outre, les juges ont également tenu compte du fait que les victimes italiennes attendaient des réparations depuis plus de cinquante ans. Dans ce contexte de droit et de fait, l'idée d'appliquer purement et simplement le principe de l'immunité des Etats n'apparaissait et n'apparaît toujours pas comme étant la solution la plus appropriée. Non seulement les juges, mais également les législateurs ont commencé à se rendre compte du fait qu'il était nécessaire d'énoncer la logique intrinsèque des règles internationales existant dans ce domaine, en réaffirmant de manière explicite que l'immunité des Etats doit être écartée en présence de crimes internationaux graves, à chaque fois que la réparation ne peut être obtenue par d'autres moyens appropriés²³⁰.

²²⁹ C.I.J. Recueil 2002, par. 60.

²³⁰ Voir Projet de loi C-483 du 14 octobre 2009, Deuxième session, quarantième législature, 57-58 Elizabeth II, 2009, Chambre des communes du Canada.

117 B. Les juges nationaux et le droit international

6.7. Etant donné leur situation face à l'évolution fluctuante du droit international, les juges internes se voient contraints de tenir compte d'une série de facteurs, allant de la protection de la souveraineté de l'Etat à l'obligation de mettre en œuvre les droits fondamentaux des personnes. Néanmoins, si les juges ne tiennent pas dûment compte des perspectives d'une réalisation effective de ces droits, ils trahissent la mission dont ils ont été investis, et qui consiste à assurer la mise en œuvre des droits et la réparation des dommages.

6.8. Naturellement, les juges internes sont pleinement conscients de l'obligation de respecter le principe de l'immunité des Etats. Néanmoins, ils sont à présent l'habitude de l'écarter systématiquement en présence d'activités *jure gestionis*, ainsi que dans d'autres cas particuliers, comme il a été indiqué au chapitre IV. A cet égard, ils se sont habitués à l'idée selon laquelle l'immunité ne constitue plus un obstacle absolu à l'exercice du pouvoir juridictionnel, mais son importance doit être appréciée relativement à d'autres valeurs et principes. En particulier, lorsque les chances d'assurer le respect du droit par d'autres moyens (négociations interétatiques, accords internationaux) ou moyennant des procédures devant d'autres juridictions, sont infimes ou simplement inexistantes, ou lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il s'est avéré ou il est probable que ces chances ne sont pas effectives, les juges internes ne sauraient simplement entériner un déni de justice.

6.9. A l'instar de tous les agents de l'Etat, les juges internes ont l'obligation de respecter le droit international et d'assurer son respect, ce qui certes signifie, d'une part, de respecter l'immunité des Etats, mais aussi, d'autre part, d'assurer le respect du droit international humanitaire et des obligations liées aux droits de l'homme. En particulier, lorsque ces obligations découlent d'un système de règles impératives du droit international (comme c'est le cas du régime de la réparation pour violations graves du DIH, comme il a été indiqué ci-dessus au chapitre V), les juges internes sont tenus, en vertu du droit international, de suivre la logique intrinsèque liée à l'existence de ces obligations. Il en est ainsi en particulier lorsque tant le droit international que les dispositions constitutionnelles de leur système national leur imposent l'obligation de protéger les droits fondamentaux des personnes, comme c'est le cas en Italie et en Allemagne. En outre, le juge national n'a pas d'autre choix, lorsqu'il se trouve face à une situation dans laquelle l'Etat qui est tenu de ces obligations impératives disposait d'une période de plus de soixante ans pour les exécuter, mais ne l'a pas fait (ou ne l'a fait que dans une mesure assez limitée) et il ne semble pas probable qu'il le fera.

118

6.10. Dans les espèces telles que celles qui se trouvent à l'origine du présent différend, les juges internes se trouvent dans la position peu confortable (à laquelle ils sont pourtant habitués au niveau national) d'être confrontés (et ce, de plus en plus souvent) à des affaires complexes où des principes importants du droit international se trouvent en conflit. Dans ces affaires, les juges doivent mesurer le poids respectif de valeurs et principes concurrents en tenant compte des particularités de chaque espèce et de l'évolution du droit international. Il faut garder à l'esprit le fait que le concept d'immunité possède une nature procédurale²³¹ et doit donc être interprété conformément au droit existant au moment des procédures dans le cadre desquelles elle est invoquée. Ce faisant, les juges doivent faire appel à des notions qui leur permettent de trouver l'équilibre approprié et/ou de décider lequel des intérêts concurrents doit l'emporter dans une espèce déterminée. L'une de ces notions est certainement le *jus cogens*, qui renvoie à l'idée qu'il existe des dispositions auxquelles les Etats ne sauraient déroger par des accords. Le *jus cogens* place inévitablement le juge national dans la position difficile de devoir trouver, à l'aide d'une hiérarchie des normes, le juste équilibre entre deux règles internationales se trouvant apparemment

²³¹ C.I.J. Recueil 2002, par. 60. Pour de plus amples détails, voir également *supra*, par. 4.43-4.50.

en conflit, et d'en tirer les conséquences pertinentes sur la base de la logique du système. Il ne fait pas de doute que les juges internes sont habitués à la logique inhérente à une hiérarchie des normes substantielles au sein des ordres juridiques nationaux (fondée par exemple sur les règles de la «public policy» ou la notion d'*ordre public*). Par conséquent, l'idée de recourir à son équivalent au niveau international (la notion de *jus cogens*) apparaît comme étant assez logique et parfaitement justifiée aux yeux de tout juge national.

6.11. La notion même de *jus cogens* implique la possibilité (ou même la nécessité) de s'adresser à des juges internationaux en vue de sa définition et de son interprétation. Néanmoins, les conditions procédurales de l'intervention de la CIJ, telles que définies à l'article 66 de la convention de Vienne de 1969, ne rendent pas facile l'exercice de la compétence de la Cour dans ce domaine. En outre, même dans sa jurisprudence, à l'exception du génocide, la Cour n'a pas, jusqu'à présent, eu l'occasion de préciser et d'exposer d'une manière détaillée les critères permettant d'identifier et d'interpréter toutes les conséquences du fait qu'une disposition de droit international possède la valeur de *jus cogens*. En l'absence d'indications spécifiques, les juges internes ont naturellement tendance à assimiler cette notion au concept plus familier d'*ordre public*, tel qu'il est connu dans leur ordre juridique interne. Cette notion d'*ordre public* leur est certainement plus familière et ils ont souvent contribué à son développement, en particulier au regard des dispositions de leurs constitutions nationales en matière de droits de l'homme.

119

6.12. Les juges nationaux n'ont pas inventé l'idée selon laquelle il existe des violations du droit international d'une gravité telle que l'immunité ne saurait être accordée à leurs auteurs, pas plus que celle selon laquelle il existe des règles de droit international possédant un caractère impératif. Les juges n'ont pas davantage décidé de leur propre chef que ces règles devaient avoir la primauté sur tout autre principe ne possédant pas ce caractère et qui se trouverait en conflit avec elles. Tous ces principes et l'ensemble des conséquences qui s'y attachent ont été édictés par les Etats et font partie du droit international coutumier tout comme du droit des traités. Les juges italiens n'ont fait qu'exercer leur pouvoir de juridiction en tirant les conséquences normatives de l'existence de certaines règles impératives, et ce, en essayant de mesurer le poids respectif de principes en conflit et de trouver l'équilibre nécessaire, au vu des particularités des espèces dont ils étaient saisis (les crimes ont été commis sur le territoire italien ou à l'encontre de victimes italiennes, les obligations de réparation ont été négligées pendant plus d'un demi-siècle, de nombreux demandeurs ont essayé d'obtenir justice auprès des autorités allemandes, les crimes ont été commis par l'Etat nazi, qui a ouvertement été qualifié d'incarnation du mal).

6.13. En l'Etat actuel du développement des institutions au niveau international, les juges nationaux — en application du concept de *dédoublé fonctionnel* de Georges Scelle²³² — placent leur pouvoir juridictionnel au service d'un ordre juridique international dépourvu des moyens appropriés pour aborder ces questions d'une manière systématique. C'est précisément ce qu'a fait la *Corte di Cassazione* italienne. Et il serait injuste d'affirmer que la Cour italienne ait fait davantage que simplement tirer les conséquences logiques découlant de l'existence de règles auxquelles il n'est pas possible de déroger (comme c'est le cas du régime de la réparation pour

²³² G. Scelle, *Précis de droit des Gens, Principes et systématique*, vol. I. (1932), p. 43, 54-56 et 217 et vol. II (1934), p. 10, 319 et 450. Voir également, du même auteur, «Le phénomène du dédoublement fonctionnel», in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für H. Weberg* (1956), p. 324-342. Pour un exposé commenté de la théorie, voir H. Thierry, «The Thought of Georges Scelle», in 1 *European Journal of International Law* (1990), p. 193-209, et A. Cassese, «Remarks on Scelles's Theory of 'Role Splitting'», *ibid.*, p. 210-231.

violations graves du DIH et des dispositions proscrivant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide)²³³.

6.14. La position de la *Corte di Cassazione* italienne repose sur la logique selon laquelle il existait un conflit de normes et celui-ci devait être résolu en appliquant les critères qui permettent d'identifier les valeurs concurrentes qui inspirent les principes dont il faut mesurer le poids respectif. La Cour a ensuite décidé que le conflit pourrait être résolu sur le fondement des règles impératives du droit international, en tenant compte de la nécessité de mettre en œuvre l'obligation d'assurer une réparation effective aux victimes de violations graves du DIH.

120

6.15. L'Italie estime que c'est précisément la question qui se trouve réellement à l'origine du présent différend. Le refus d'une réparation appropriée et effective que l'Allemagne continue d'opposer à un grand nombre de victimes italiennes de violations graves du DIH commises par les autorités allemandes au cours de la dernière période de la seconde guerre mondiale, qui ont été reconnues et confirmées par l'Allemagne moyennant les accords de 1961 et des mesures unilatérales prises par la suite, devait être examiné.

6.16. Face à un refus de réparation aussi flagrant et prolongé en violation de toutes les règles pertinentes du droit international, les juges italiens ne pouvaient simplement rejeter les actions des victimes en reconnaissant le principe de l'immunité des Etats. Il est clair qu'au vu de la gravité des crimes qui n'avaient pas encore donné lieu à une réparation, les juges avaient le sentiment qu'en appliquant un principe de nature purement procédurale, ils feraient naître une situation classique de déni de justice. Si les juridictions italiennes avaient accordé l'immunité, elles auraient mis un point final à l'ensemble de la question de la réparation pour des milliers de victimes. Elles auraient en effet exclu toute possibilité que ces actions aboutissent à un résultat quelconque. En revanche, elles avaient des justifications très sérieuses pour écarter l'immunité de l'Allemagne et vérifier si les demandes étaient justifiées au fond.

6.17. Les juges italiens avaient des raisons valables pour refuser l'immunité à l'Allemagne à cause de la nature extrêmement grave des violations du DIH faisant l'objet des demandes de réparation, à cause du fait que le régime de la réparation à raison de ces violations ne supporte pas de dérogation, et parce que l'Allemagne continue de ne pas exécuter ses obligations de réparation.

6.18. Ce refus était en particulier justifié à la lumière de tous les développements survenus en droit international en ce qui concerne les droits des personnes à une réparation effective à raison des violations des droits de l'homme et du DIH, y compris leur droit émergent à l'accès aux tribunaux en vue du règlement approprié de leurs prétentions. Comme il a été indiqué d'une manière détaillée au chapitre IV, le droit international a progressivement mis en place un ensemble de mesures destinées à assurer aux personnes le bénéfice d'un droit d'accès à la justice.

6.19. Les juges italiens étaient confrontés à des principes d'une importance fondamentale se trouvant en conflit, qu'ils devaient comparer et dont ils devaient mesurer le poids respectif. Ils ne pouvaient se permettre d'accorder l'immunité, puisque les obligations de réparation dont l'Allemagne était tenue à l'égard des victimes italiennes étaient dès le départ non susceptibles de dérogation, elles n'avaient pas été exécutées pendant de plus de cinquante ans en dépit des

²³³ En ce qui concerne le génocide, la Cour a clairement déclaré que «la norme interdisant le génocide constituait assurément une norme impérative du droit international (*jus cogens*)» (affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, par. 161).

nombreuses tentatives d'obtenir une réparation, ainsi qu'à la lumière de tous les développements du droit international depuis la seconde guerre mondiale visant à promouvoir le droit des personnes d'accéder la justice.

121

6.20. Comme on le sait (et comme il a été indiqué au chapitre IV), bien que le principe de l'immunité des Etats soit fondamental dans le cadre des relations internationales, il peut être écarté dans de nombreuses situations où les valeurs contre lesquelles il est mesuré sont bien moins impérieuses que celle qui sont en cause en l'espèce. De surcroît, l'immunité à pour objectif d'empêcher les juridictions nationales d'un Etat de se prononcer sur les politiques d'un autre Etat, ce qui implique que l'existence d'appréciations divergentes est bien possible, mais on part de l'hypothèse selon laquelle les juridictions d'un Etat ne sauraient être autorisées à décider de l'opportunité des politiques d'un autre Etat. Or, en l'espèce, il n'existe pas de contestation sur l'opportunité ni, à plus forte raison, sur la légalité du comportement de l'Allemagne nazie. L'illégalité flagrante du système du III^e Reich et le caractère révoltant des crimes commis par le régime nazi sont incontestés. En conséquence, si les juridictions italiennes avaient simplement reconnu l'immunité dans ces cas, elles auraient empêché que les conséquences logiques fussent tirées des violations du DIH commises par les agents du III^e Reich.

6.21. Dans son mémoire, la demanderesse procède à une analyse détaillée des décisions de plusieurs juges italiens et relève d'une manière condescendante les erreurs dont seraient entachées leur compréhension et leur interprétation du droit international. L'Italie n'entend pas ici se livrer à une réfutation concrète de ces arguments (dont la plupart sont nettement moins clairs que l'Allemagne ne le prétend), et ne croit pas davantage qu'il convienne de transformer la procédure devant cette Cour en une banale procédure de troisième instance discutant des détails des différentes affaires devant les juridictions internes.

6.22. On sait bien qu'il convient de distinguer nettement le raisonnement sur lequel se fondent les décisions nationales et les résultats des décisions envisagés isolément. Il n'est pas nécessaire ici d'examiner le raisonnement contenu dans les décisions. L'essentiel consiste à déterminer si leurs résultats et leurs incidences (potentielles) sur les droits et obligations des Etats concernés constituent ou non une violation du droit international.

6.23. Par conséquent, indépendamment du raisonnement des juges italiens sur la place des différentes règles en cause dans la hiérarchie des normes, il convient de souligner que le refus de l'immunité à l'Allemagne était principalement justifié par le souci d'éviter un déni de justice auquel n'était pas possible d'échapper d'une autre manière. La *Corte di Cassazione* italienne était guidée par cette préoccupation lorsqu'elle a déclaré que les normes impératives consacrant la nécessité d'assurer une réparation effective aux victimes des crimes nationaux avaient la primauté sur le principe de l'immunité.

122

6.24. Existait-il, pour les juges italiens, une «bonne façon» de résoudre cette question délicate sans trahir leur mission d'assurer le respect du droit, y compris le droit international, tout en permettant aux personnes d'obtenir le respect effectif de leurs droits ?

Section II. Les raisons pour lesquelles le refus de l'immunité par l'Italie ne constitue pas un fait internationalement illicite

6.25. L'idée selon laquelle tout fait illicite fait naître des obligations de réparation fait certainement partie des principes les plus fondamentaux de tout système juridique, y compris l'ordre juridique international. En outre, il ne fait pas de doute que les Etats ne sauraient déroger

aux dispositions instituant des obligations de réparation pour violations graves du DIH. Au vu de cela, il est extrêmement difficile pour les juges nationaux d'envisager ces dispositions sur le même plan que les règles en matière d'immunité. En conséquence, l'approche adoptée quant à l'équilibre à assurer entre l'immunité et la réparation a consisté à accorder la priorité à cette dernière. Si les juges italiens avaient décidé que c'était l'immunité qui devait primer, les victimes n'auraient disposé d'aucun autre recours. En somme, le système judiciaire italien aurait entériné un déni de justice. Or on ne saurait demander à aucun juge de consacrer une telle violation du droit international.

6.26. La solution adoptée par les juridictions italiennes est pleinement justifiée au regard des principes existants du droit international positif. En l'absence de régime conventionnel spécifique déterminant la manière dont les victimes devraient accéder aux réparations, les victimes ont le droit, en dernier ressort, de s'adresser aux juridictions de l'Etat où les violations massives du droit international humanitaire ont été commises (et qui, en l'espèce, est également l'Etat dont elles ont la nationalité), ainsi que de bénéficier d'une dérogation au principe de l'immunité, lorsque l'application de celui-ci aboutirait au refus de toute réparation.

6.27. Il convient, avant tout, de reconnaître que c'est à l'Etat responsable des crimes visés par le droit international qu'il incombe d'assurer aux victimes une réparation à raison de ces crimes, que ce soit au travers de ses juridictions ou par tout autre moyen approprié. Cependant, lorsque l'Etat responsable n'exécute pas ses obligations de réparation, d'autres voies sont bien disponibles.

6.28. Dans ces cas, lorsque les juges de l'Etat sur le territoire duquel ont été commis les crimes et/ou dont les victimes ont la nationalité, sont appelés à intervenir, ils doivent être réputés autorisés à écarter l'immunité uniquement dans les circonstances assez particulières et exceptionnelles où tous les autres recours ont été exercés mais il n'existe aucune chance effective d'obtenir une réparation par d'autres moyens.

123

6.29. En l'espèce, on voit bien que les conditions ci-dessus définies sont remplies, et les juges italiens n'avaient d'autre choix que d'écarter l'immunité de l'Allemagne. Comme il a été mentionné ci-dessus (chapitre IV), l'Allemagne invoque à plusieurs reprises l'argument selon lequel «les préjudices découlant d'une violation de règles fondamentales au cours d'un conflit armé peuvent être réparés de plusieurs manières différentes, en particulier au niveau interétatique²³⁴». Or, même si cet argument ne soulève pas d'objections en principe, en l'espèce les mesures prises jusqu'à présent par l'Allemagne, tant en vertu des accords pertinents que moyennant des actes unilatéraux, se sont révélées totalement insuffisantes et ont créé une situation dans laquelle on ne pouvait s'attendre à ce que les victimes italiennes pussent un jour obtenir la réparation qui leur est due. En conséquence, un très grand nombre de victimes italiennes se sont vu refuser toute voie de droit qui leur permettrait d'obtenir réparation. L'Allemagne reconnaît cette situation et confirme même le fait que les victimes italiennes n'auraient aucune chance pour obtenir réparation, puisqu'elle cherche à se prévaloir des clauses de renonciation du traité de paix de 1947 et des accords de 1961 avec l'Italie. Comme il a été précisé au chapitre V, c'est à tort que l'Allemagne invoque les clauses de renonciation ; or, le fait même qu'elle continue de se prévaloir de ces «clauses de renonciation²³⁵» indique clairement qu'elle n'a pas l'intention d'exécuter ses obligations de réparation.

²³⁴ MA, par. 32.

²³⁵ Voir par exemple MA, par. 9-12 et 56.

6.30. L'Allemagne ne saurait vraiment prétendre qu'elle bénéficie de l'immunité de juridiction et que les préjudices subis par les victimes italiennes pourraient être réparés par d'autres moyens, puisqu'en invoquant les clauses de renonciation, elle affirme de manière implicite que les victimes italiennes ne seraient jamais indemnisées d'aucune autre manière (comme cela s'est produit dans le passé) en raison du fait que l'Allemagne ne serait tenue d'aucune obligation de réparation à leur égard. La position de l'Allemagne est donc assez claire : l'immunité doit être accordée et aucune réparation ne sera effectuée, à l'exception de certaines mesures *ex gratia*²³⁶.

124

6.31. Dans ce contexte, bien que l'on puisse exprimer quelques doutes quant à certains aspects du raisonnement suivi et certains des arguments retenus par les juridictions italiennes, l'Italie estime que, compte tenu des circonstances uniques de l'espèce, les juges italiens étaient pleinement fondés à refuser à l'Allemagne l'immunité de juridiction. Comme il sera précisé, si l'on examine la au fond la recherche de l'équilibre entre des valeurs concurrentes, on pourrait difficilement nier que la solution retenue est bien conforme aux principes fondamentaux du droit international.

6.32. Compte tenu du fait que l'Allemagne continue de refuser une réparation aux victimes italiennes de crimes de guerre commis par des agents du III^e Reich, les juges italiens ont à juste titre décidé d'écarter l'immunité, et ce principalement pour trois raisons.

Avant tout, les crimes concernés constituent des violations graves du droit international qui sont imprescriptibles, exposent les agents de l'Etat à des peines sans leur accorder un droit à l'immunité, et ne sauraient être autorisées ni par les ordres de supérieurs hiérarchiques, ni par les prescriptions de la loi.

Deuxièmement, le régime spécial de réparation en vertu du DIH ne permet pas aux Etats de se soustraire à l'exécution des obligations qui en découlent. Les Etats n'ont de choix qu'en ce qui concerne les modalités et les procédures de l'exécution. Par conséquent, les Etats doivent accorder une réparation effective, fût-ce par des mesures administratives unilatérales, au travers de leur système judiciaire, moyennant des accords internationaux ou selon une formule combinant l'ensemble des solutions précédentes ou d'autres instruments.

Troisièmement, dans la plupart des affaires italiennes, de nombreuses victimes avaient déjà essayé d'obtenir satisfaction auprès des autorités allemandes et, dans chacun de ces cas, l'attente de l'exécution de ces obligations avait de toute façon été si longue qu'il semblait inutile d'attendre que d'autres mesures fussent adoptées par l'Allemagne. A cet égard, il est clair qu'il n'est pas nécessaire d'exiger l'épuisement de recours internes devant les juridictions ou des autorités administratives allemandes, puisqu'au bout de plusieurs décennies pendant lesquelles la réparation avait été refusée, on ne saurait s'attendre à ce que ces voies de recours soient effectives.

6.33. Dans cette situation, les juges italiens n'avaient guère d'alternative. Le devoir de protéger le droit à l'accès à la justice fait partie intégrante de l'office du juge. Certes, ce dernier comporte également l'obligation de vérifier si le droit applicable prévoit également d'autres instances et moyens pour obtenir une réparation. Or, dans les espèces en cause, les juges italiens étaient saisis de demandes qui avaient été pendantes au cours d'une très longue période, et à l'égard desquelles l'Allemagne avait été pleinement en mesure d'offrir des réparations appropriées. Dans certains cas, la réparation avait été expressément refusée par les autorités allemandes, et ce pour des raisons extrêmement déroutantes. Le Gouvernement italien avait prévenu l'Allemagne au sujet des conséquences possibles d'une telle approche et lui avait fait part du mécontentement et de la déception profonds ayant suivi la décision d'exclure les IMI du bénéfice de la réparation prévue au

²³⁶ Comme cela semble être affirmé de manière implicite dans son mémoire, par exemple au paragraphe 15.

125

titre de la loi sur la fondation. En conséquence, étant donné que les juges n'étaient pas en mesure de provoquer l'ouverture de négociations entre les Etats concernés (alors que cette Cour est en mesure de le faire), ils ont fait la seule chose qu'un juge est censé faire, à savoir rendre justice aux victimes de violations graves du DIH en levant l'immunité.

6.34. Les juges italiens ont correctement interprété le droit international actuel en considérant que l'immunité devait être écartée. Il existe plusieurs raisons qui justifient amplement ces décisions. Premièrement, les violations graves du DIH ne sauraient rester impunies, et ces violations n'engagent pas seulement la responsabilité individuelle, mais également la responsabilité de l'Etat (quel serait l'impact de l'obligation de réparation si les Etats pouvaient s'y soustraire simplement en invoquant leur immunité ?). Deuxièmement, les Etats ne sauraient déroger aux obligations de réparation dues aux victimes des violations graves du DIH à la suite de ces violations. Troisièmement, il existe plusieurs développements en droit international reconnaissant les droits des personnes à être indemnisés par l'Etat sans que les immunités puissent constituer un obstacle (comme, par exemple, en droit international pénal, ou dans le cadre des régimes de réparation dans les domaines des droits de l'homme ou du DIH). Au vu de tous ces développements, les juges italiens pouvaient difficilement rejeter les demandes des victimes, compte tenu en particulier de l'absence de toute alternative réaliste.

6.35. Enfin, il convient de souligner que les juges italiens ont levé l'immunité de l'Etat en ce qui concerne des actes de guerre de l'Etat nazi, qui avaient déjà été condamnés à de nombreuses occasions par l'ensemble de la communauté internationale. Ce faisant, les juges italiens n'ont fait qu'adhérer aux précédents créés par les jugements du Tribunal de Nuremberg, de l'Assemblée générale des Nations Unies, de plusieurs centaines de juges dans le monde entier, et, finalement, de l'histoire. Il est vrai c'est l'Allemagne d'aujourd'hui qui est tenue responsable, mais cela n'est que la conséquence de la position de l'Allemagne à l'égard des actes du III^e Reich (et des obligations qui en découlent) et, en particulier, de la reconnaissance par l'Allemagne, au travers de plusieurs accords (dont les accords de 1961 avec l'Italie), de l'obligation de réparation à l'égard des victimes du Reich. Rien dans les décisions des juges italiens ne suggère que l'Allemagne d'aujourd'hui serait impliquée d'une manière quelconque aux crimes. Néanmoins, ces décisions reconnaissent clairement le fait que ces actes, ces crimes épouvantables, ne sauraient bénéficier de l'immunité, étant donné que la réparation a été refusée (et continue de l'être) et, partant, les conséquences des actes illicites n'ont toujours pas été effacées.

126

6.36. On prétend souvent que la responsabilité de l'Etat à raison de manquements à des obligations internationales n'existerait qu'entre les Etats concernés. Bien que cela ne soit plus nécessairement vrai en droit international actuel, la présente espèce porte précisément sur la responsabilité des Etats concernés. L'Allemagne prétend que l'Italie aurait violé le droit international par le fait que les juges italiens ont écarté son immunité de juridiction. L'Italie répond qu'il n'existe pas de violation, parce que les décisions des juges italiens sont justifiées compte tenu du fait que l'Allemagne n'a pas assuré une réparation appropriée et effective aux victimes italiennes de violations graves du DIH, et demande en outre à la Cour de constater la responsabilité de l'Allemagne à raison du fait que celle-ci continue à ne pas exécuter les obligations de réparation.

6.37. Si l'on adhérait à l'approche de l'Allemagne selon laquelle l'immunité de l'Etat devrait être imposée en l'espèce, cela aurait des implications négatives suivantes : *a*) une règle de non-réparation des dommages causés par des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité serait mise en œuvre ; *b*) un déni de justice serait commis à l'égard d'un grand nombre de victimes italiennes de ces crimes ; *c*) certaines des avancées les plus fondamentales du droit international

général, basées sur les valeurs consacrées entre autres dans la Charte des Nations Unies et dans les Conventions de Genève, s'en trouverait affaiblies.

6.38. Le principe de l'immunité de juridiction des Etats ne devrait pas être appliqué dans l'abstrait, mais en tenant compte des particularités de chaque affaire. En l'espèce, on se trouve au carrefour de plusieurs questions de droit dont la complexité est attestée par la déclaration conjointe. Cette complexité nécessite une clarification de la part de la Cour internationale de Justice. Le fait de prononcer un *non liquet* ne serait pas une solution en l'espèce. Il ne fait pas de doute que le *jus cogens* fait partie de l'international positif, et la détermination du contenu de cette notion est, dans une certaine mesure, possible. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de déterminer toutes ses conséquences et la manière dont elle interagit avec d'autres règles, il existe un besoin impérieux que son régime soit défini par la Cour internationale de Justice dans le cadre de son activité d'interprète, pour autant que les conditions permettant une telle détermination soient réunies dans une affaire concrète. Nous soutenons qu'il en est ainsi en l'espèce, dans le contexte d'une procédure contentieuse qui permettra à la Cour de statuer sur plusieurs questions délicates sans pour autant dépasser les limites de sa compétence.

6.39. Sans entrer dans le débat concernant l'appartenance des violations [Ndt: plutôt : «des règles violées»] au *jus cogens* et sans aspirer à une décision proclamant d'une manière générale que les violations du *jus cogens* exigent d'écarter les immunités de toutes sortes, l'Italie estime que dans les espèces en question, les juges italiens n'ont pas commis un fait illicite, puisque la levée de l'immunité de l'Allemagne constituait le seul remède approprié et proportionnel face à la violation continue par l'Allemagne de ses obligations d'offrir une réparation effective aux victimes italiennes de crimes de guerre. Cette mesure n'a été adoptée qu'à la suite de plusieurs tentatives de la part des victimes d'engager des procédures en Allemagne, et constituait le seul moyen susceptible d'assurer le respect et la mise en œuvre du régime de réparation impératif prévu en cas de violations graves du DIH.

127

6.40. Le raisonnement et les conclusions ci-dessus formulés au sujet des victimes italiennes s'appliquent également, *mutatis mutandis*, aux procédures concernant l'exécution en Italie de l'arrêt grec rendu dans l'affaire du massacre de *Distomo*²³⁷. Etant donné que l'arrêt grec concernait une espèce présentant de nombreuses caractéristiques identiques à celles des affaires italiennes, y compris le fait que les victimes grecques avaient essayé d'obtenir une réparation devant les juridictions allemandes et s'étaient à plusieurs reprises heurtées à un déni de justice, le fait de reconnaître la possibilité de l'exécution en Italie de l'arrêt grec rendu dans l'affaire *Distomo* ne constitue pas une violation du droit international.

²³⁷ Voir *supra*, par. 2.27 [Ndt: lire «par. 2.26»] et 2.39.

128

CHAPITRE VII DEMANDE RECONVENTIONNELLE

Section I. Introduction

7.1. Comme l'y autorise l'article 80 du Règlement de la Cour, l'Italie présente une demande reconventionnelle portant sur la question des réparations dues aux victimes italiennes des graves violations du droit international humanitaire commises par les forces du Reich allemand. Aux termes de l'article 80 du Règlement :

«1. La Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence et est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse.

2. La demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire et figure parmi les conclusions contenues dans celui-ci. Le droit qu'a l'autre partie d'exprimer ses vues par écrit sur la demande reconventionnelle dans une pièce de procédure additionnelle est préservé, indépendamment de toute décision prise par la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 45 du présent Règlement, quant au dépôt de nouvelles pièces de procédure.

3. En cas d'objection relative à l'application du paragraphe 1 ou à tout moment lorsque la Cour le considère nécessaire, la Cour prend sa décision à cet égard après avoir entendu les parties.»

129

7.2. Le présent chapitre expose la demande reconventionnelle de l'Italie en l'affaire. L'Italie prie la Cour de déclarer que l'Allemagne a violé l'obligation de réparation qui est la sienne à l'égard des victimes italiennes des crimes commis par l'Allemagne nazie pendant la seconde guerre mondiale et qu'elle doit, par conséquent, mettre fin à son comportement illicite et accorder aux victimes une réparation effective et appropriée. Le présent chapitre traite, dans une première partie, de la compétence de la Cour à l'égard de la demande reconventionnelle et de la recevabilité d'une telle demande et, dans une deuxième partie, des mesures demandées par l'Italie pour remédier à la violation par l'Allemagne de son obligation de réparation envers les victimes italiennes.

7.3. La plupart des questions factuelles et juridiques soulevées dans la présente demande reconventionnelle ont déjà été examinées par l'Italie lorsqu'elle a mis au point ses moyens de défense en réponse aux griefs de l'Allemagne. Il ressort en effet des chapitres précédents que l'Allemagne a manqué à son obligation de réparer le préjudice subi par les victimes italiennes. L'Italie y ayant déjà analysé en détail les points de fait et de droit sur lesquels elle fonde sa demande reconventionnelle, l'examen de ces questions sera ici réduit à l'essentiel. Elle se réserve le droit d'introduire devant la Cour et de lui présenter en temps utile des faits et arguments juridiques supplémentaires concernant la présente demande reconventionnelle.

Section II. Compétence de la Cour et recevabilité de la demande reconventionnelle

7.4. La compétence de la Cour pour connaître de la présente demande reconventionnelle est fondée sur l'article premier de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957, ainsi que sur le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour. Comme démontré au chapitre III, l'applicabilité de la convention européenne à la demande reconventionnelle n'est pas exclue par les dispositions de l'article 27 a) de la convention. L'Italie a

déjà montré que le différend concernant l'immunité soumis par l'Allemagne et celui concernant les réparations soumis par l'Italie découlent des mêmes faits. C'est en particulier le régime de réparation institué par les deux accords conclus entre l'Allemagne et l'Italie en 1961 qui est la source ou la cause réelle des différends portés devant la Cour en la présente espèce. S'y ajoutent les événements ayant suivi la création, en 2000, de la Fondation «Mémoire, responsabilité et avenir». Etant donné que les deux litiges portent sur des faits postérieurs au 18 avril 1961, date de l'entrée en vigueur de la convention européenne entre l'Allemagne et l'Italie, la limitation *ratione temporis* prévue en son article 27 a) ne s'applique pas au différend soumis par l'Italie dans sa demande reconventionnelle.

7.5. La demande reconventionnelle de l'Italie est également en connexité directe avec l'objet de la demande de l'Allemagne. Dans son ordonnance du 29 novembre 2001 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour a observé ce qui suit :

130

«Considérant que le Règlement ne définit cependant pas la notion de «connexité directe» ; qu'il appartient à la Cour d'apprécier, compte tenu des particularités de chaque espèce, si le lien qui doit rattacher la demande reconventionnelle à la demande principale est suffisant ; et que, en règle générale, l'existence du lien de connexité directe requis entre ces demandes doit être appréciée aussi bien en fait qu'en droit.»²³⁸

7.6. Manifestement, il existe une connexité directe entre les faits et le droit sur lesquels se fonde l'Italie pour contrer la demande de l'Allemagne et entre les faits et le droit invoqués par l'Italie à l'appui de sa demande reconventionnelle. Alors que l'Allemagne affirme que l'Italie a violé son immunité juridictionnelle, celle-ci soutient n'avoir commis aucune violation puisque, en droit international, un Etat qui viole des règles fondamentales n'est pas habilité à invoquer l'immunité dans les cas où celle-ci, en étant accordée, aurait pour effet de le soustraire aux conséquences juridiques de son comportement illicite. Lorsqu'elle examinera le bien-fondé de la demande de l'Allemagne, la Cour devra donc se pencher sur bon nombre des questions factuelles et juridiques qui sont au cœur de la demande reconventionnelle de l'Italie. Dans ces conditions, il semble inévitable de conclure que la demande principale de l'Allemagne et la demande reconventionnelle de l'Italie «s'inscrivent dans le cadre d'un même ensemble factuel complexe» et qu'en soumettant leurs demandes respectives, les deux parties «poursuivent ... les mêmes buts juridiques»²³⁹.

7.7. A l'évidence, la demande reconventionnelle de l'Italie ne vise pas simplement à «contrer» la demande principale de l'Allemagne. Elle tend également à élargir l'objet du différend que doit trancher la Cour, ce qui n'a néanmoins pas d'incidence sur sa recevabilité. Comme la Cour l'a indiqué dans son ordonnance du 17 décembre 1997 en l'affaire relative à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*,

«le propre d'une demande reconventionnelle est ainsi d'élargir l'objet initial du litige en poursuivant des avantages autres que le simple rejet de la prétention du demandeur à l'action»²⁴⁰.

²³⁸ C.I.J. Recueil 2001, p. 678, par. 36.

²³⁹ *Ibid.*, p. 679, par. 38.

²⁴⁰ C.I.J. Recueil 1997, p. 256, par. 27.

131

7.8. Il est révélateur qu'avant même de soumettre sa requête introductive d'instance à la Cour l'Allemagne était tout à fait consciente du lien étroit existant entre immunité et réparations en la présente affaire. En effet, la déclaration conjointe adoptée à l'occasion de la consultation gouvernementale germano-italienne, le 18 novembre 2008 à Trieste, fait clairement apparaître l'existence d'une question complexe unissant immunité et réparations : tandis que l'Allemagne se joignait à l'Italie pour reconnaître pleinement «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens» (c'est-à-dire aux groupes de personnes qui ont saisi la justice italienne en vue d'obtenir une indemnisation financière à raison des préjudices causés par les actes des forces armées allemandes)²⁴¹, l'Italie déclarait qu'elle respectait «la décision prise par l'Allemagne de saisir la Cour internationale de Justice afin que celle-ci statue sur le principe de l'immunité de l'Etat», jugeant que «la décision de la Cour aidera[it] à clarifier cette question complexe»²⁴². A présent que l'Allemagne a introduit une instance sur la question de l'immunité, l'Italie estime important de saisir cette occasion pour demander à la Cour de rendre une décision sur l'ensemble de la «question complexe» qui divise les Parties.

Section III. Mesures demandées par l'Italie

7.9. L'Italie a démontré, au chapitre V, que l'Allemagne était tenue de réparer les graves violations du droit international humanitaire commises par le III^e Reich contre des victimes italiennes. Néanmoins, comme il ressort clairement des faits exposés au chapitre II, les mesures adoptées jusqu'à présent par l'Allemagne (en vertu aussi bien d'accords pertinents que d'actes unilatéraux) se sont révélées insuffisantes, en particulier parce que plusieurs catégories de victimes, parmi lesquelles les internés militaires italiens et les victimes des massacres perpétrés par les forces allemandes pendant les derniers mois de la guerre, n'en ont pas bénéficié. Dans son mémoire, l'Allemagne soutient que la conclusion des deux accords de 1961 entre l'Italie et l'Allemagne a mis fin à toute réclamation pour réparations, puisque l'Italie a accepté de renoncer, pour elle-même et pour l'ensemble de ses ressortissants, à toutes les réclamations contre l'Allemagne relatives à la période de la seconde guerre mondiale²⁴³. Cet argument a été réfuté au chapitre V.

132

7.10. Pour toutes ces raisons, l'Italie demande à la Cour de juger que l'Allemagne est toujours tenue à l'obligation de réparer le grand nombre de faits illicites commis par le III^e Reich, et que sa responsabilité internationale est engagée au motif qu'elle n'a toujours pas, plus de 60 ans après les faits, accordé une réparation effective.

7.11. Le remède aux violations commises serait d'obliger l'Allemagne à mettre en place un dispositif approprié et effectif pour donner suite aux demandes en réparation des victimes italiennes. Outre que ce dispositif permettrait de remédier comme il se doit au non-respect par l'Allemagne de ses obligations internationales, il offrirait aux victimes italiennes une voie de recours autre que celle des juridictions nationales. Comme il est indiqué dans les chapitres précédents, c'est parce qu'elles ne disposaient d'aucun autre mécanisme de réparation que les victimes italiennes des crimes nazis ont saisi la justice italienne, et c'est parce que l'Allemagne ne leur a pas offert de réparation effective que la justice italienne a levé l'immunité de l'Etat allemand.

7.12. Si l'Italie est fondée à demander à la Cour de déclarer que l'Allemagne doit mettre fin à son comportement illicite et accorder réparation aux victimes italiennes des crimes nazis, il est vrai que le choix des moyens de réparation doit revenir avant tout à l'Allemagne. Cette liberté dans le choix des moyens n'est néanmoins pas absolue : tout dispositif éventuellement mis en place par

²⁴¹ MA, par. 13.

²⁴² Annexe 1.

²⁴³ MA, par. 11.

l'Allemagne pour évaluer les demandes de réparation doit garantir que les victimes italiennes seront indemnisées de manière appropriée et effective.

133

7.13. Parmi les diverses options envisageables, la possibilité que les Parties parviennent à une solution négociée doit être dûment prise en considération. Dans son mémoire, l'Allemagne affirme à plusieurs reprises que la conclusion d'accords interétatiques est, traditionnellement, le moyen privilégié pour régler les réclamations nées de la guerre est²⁴⁴. Elle fait valoir que, dans le cadre de ses relations avec l'Italie, il n'était pas (et il n'est pas) nécessaire de conclure un nouvel accord pour régler les demandes en réparation des victimes de graves violations du droit humanitaire perpétrées par le régime nazi, l'Italie ayant renoncé à toute réclamation contre l'Allemagne ou les ressortissants allemands à raison de faits remontant à la seconde guerre mondiale lorsqu'elle a conclu le traité de paix de 1947 et les accords de 1961²⁴⁵. Or, comme il a été démontré plus haut, l'Italie n'a pas renoncé à toutes ses prétentions, puisque les dispositions de 1947 avaient un champ d'application très précis et limité et que les accords de 1961 n'ont que partiellement réglé la question des réparations. Quoiqu'il en soit, c'est à la Cour qu'il appartient désormais de décider si l'Italie a effectivement renoncé à toute demande de réparation à l'égard de l'Allemagne. Lorsque la Cour aura conclu que la position de l'Allemagne selon laquelle l'Italie aurait renoncé à toutes ses prétentions est dénuée de tout fondement, la négociation d'un accord entre Etats pourra être considérée comme un moyen viable de régler la situation complexe créée par le refus de réparer de manière effective les préjudices subis par les victimes italiennes des crimes nazis. Il va de soi que l'Italie se féliciterait de toute initiative de la part de l'Allemagne qui aboutirait à la mise en place, sur la base d'accords conventionnels spécifiques, de mécanismes visant à donner suite aux demandes en réparation. Par conséquent, au vu des circonstances propres à l'espèce, une décision de la Cour enjoignant à l'Allemagne de réparer de manière effective le préjudice subi, y compris par la voie d'un accord négocié avec l'Italie, pourrait constituer un remède approprié aux yeux de l'Italie.

Section IV. Conclusions

7.14. La présente demande reconventionnelle de l'Italie se fonde sur le refus opposé par l'Allemagne d'accorder une réparation effective aux victimes italiennes des graves violations du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie durant la seconde guerre mondiale. Elle relève de la compétence de la Cour et est en connexité directe avec l'objet de la demande de l'Allemagne. L'Italie prie la Cour de déclarer que l'Allemagne a violé l'obligation à laquelle elle demeure tenue d'accorder une réparation effective aux victimes italiennes des crimes nazis, et qu'elle doit mettre fin à son comportement illicite et assumer la responsabilité internationale qui en découle. L'Italie estime que, dans les circonstances de l'espèce, une décision de la Cour enjoignant à l'Allemagne d'accorder une réparation effective aux victimes italiennes des crimes nazis par les moyens de son choix et par la conclusion d'un accord avec l'Italie serait un remède approprié.

134

CONCLUSIONS

Sur la base des faits et arguments exposés ci-dessus, et en se réservant le droit de compléter ou de modifier les présentes conclusions, l'Italie prie la Cour de dire et juger que toutes les demandes de l'Allemagne sont rejetées.

En ce qui concerne sa demande reconventionnelle, et conformément à l'article 80 du Règlement de la Cour, l'Italie prie la Cour de dire et juger que, compte tenu de l'existence en droit international d'une obligation de réparation envers les victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité perpétrés par le III^e Reich :

²⁴⁴ MA, par. 32, 55 et 59.

²⁴⁵ MA, par. 59.

1. L'Allemagne a violé cette obligation à l'égard des victimes italiennes de tels crimes en refusant de leur accorder une réparation effective.
2. Ce comportement engage la responsabilité internationale de l'Allemagne.
3. L'Allemagne doit mettre fin à son comportement illicite et accorder une réparation appropriée et effective auxdites victimes, par les moyens de son choix et par la conclusion d'accords avec l'Italie.

Fait à Rome, le 22 décembre 2009.

L'agent du Gouvernement de la
République italienne,

(Signé) S. Exc. l'ambassadeur Paolo PUCCI DI BENISICHI.

L'agent du Gouvernement de la
République italienne,

(Signé) M. Giacomo AIELLO.

LISTE DES ANNEXES

135

- Annexe 1 Déclaration conjointe des gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de la République italienne du 18 novembre 2008
- Annexe 2 Traité de Paix avec l'Italie, 10 février 1947, *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. 49, p. 3, n° 747, art. 77
- Annexe 3 Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République italienne relatif au règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier, 2 juin 1961
- Annexe 4 Traité relatif à l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution de la part du régime national-socialiste, 2 juin 1961
- Annexe 5 Loi fédérale concernant l'indemnisation des victimes de la persécution national-socialiste, 18 Septembre 1953, préambule et articles 1-4 a)
- Annexe 6 Deuxième loi modifiant la loi d'indemnisation fédérale (loi BEG finale), 14 Septembre 1965, article VI
- Annexe 7 Loi sur la création d'une Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir», 2 août 2000 ; traduction anglaise : http://www.stiftung-evz.de/eng/about-us/foundation_law
- Annexe 8 Droit des internés militaires italiens au bénéfice de la loi créant une Fondation «Souvenir, responsabilité et avenir», avis juridique rédigé par le professeur Christian Tomuschat, 31 Juillet 2001
- Annexe 9 Cour constitutionnelle fédérale allemande, affaires *A. et 942 autres plaignants*, décision du 28 juin 2004
- Annexe 10 Cour européenne des droits de l'homme, *Associazione nazionale reduci dalla prigionia, dall'internamento e dalla guerra di liberazione (ANRP) et 275 autres plaignants c. Allemagne*, décision du 4 Septembre 2007
- Annexe 11 Cour suprême fédérale allemande, affaire du massacre de Distomo, arrêt du 26 Juin 2003 ; traduction anglaise : 42 *ILM* 1030 (2003)
-