

DISSENTING OPINION  
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

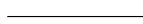
	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-3
II. THE EMERGENCE OF COUNTER-CLAIMS IN INTERNATIONAL LEGAL PROCEDURE	4-9
III. THE <i>RATIONALE</i> OF COUNTER-CLAIMS IN INTERNATIONAL LEGAL PROCEDURE	10-19
1. Prerequisites	12-14
2. Other characteristics and effects	15-19
IV. THE QUESTION OF THE ADMISSIBILITY OF COUNTER-CLAIMS IN THE CASE LAW OF THE ICJ	20-27
V. THE QUESTION OF THE ADMISSIBILITY OF THE COUNTER-CLAIM IN THE PRESENT CASE	28-30
VI. THE <i>FACTUAL COMPLEX</i> OF THE PRESENT CASE AND THE ARGUMENTS OF THE CONTENDING PARTIES	31-59
1. The 2008 Joint Declaration of Italy and Germany	32-35
2. The Parties' arguments on the counter-claim	36-59
(a) The scope of the dispute	36-42
(b) The substance of the dispute	43-54
(c) The debate on the notion of "continuing situation"	55-59
VII. THE ORIGINS OF A "CONTINUING SITUATION" IN INTERNATIONAL LEGAL DOCTRINE	60-64
VIII. THE CONFIGURATION OF A "CONTINUING SITUATION" IN INTERNATIONAL LITIGATION AND CASE LAW	65-83
1. In public international law	66-72
2. In the international law of human rights	73-83
IX. THE CONFIGURATION OF A "CONTINUING SITUATION" IN INTERNATIONAL LEGAL CONCEPTUALIZATION AT NORMATIVE LEVEL	84-91
X. THE "CONTINUING SITUATION" IN THE PRESENT CASE	92-94
XI. THE SCOPE OF THE PRESENT DISPUTE BEFORE THE COURT	95-100

OPINION DISSIDENTE  
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-3
II. LA GENÈSE DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES EN PROCÉDURE INTERNATIONALE	4-9
III. LA RAISON D'ÊTRE DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES EN PROCÉDURE INTERNATIONALE	10-19
1. Conditions	12-14
2. Autres caractéristiques et effets	15-19
IV. LA QUESTION DE LA RECEVABILITÉ DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES SELON LA JURISPRUDENCE DE LA CIJ	20-27
V. LA QUESTION DE LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE EN L'ESPÈCE	28-30
VI. L'ENSEMBLE FACTUEL COMPLEXE EN L'ESPÈCE ET LES ARGUMENTS DES PARTIES	31-59
1. La déclaration conjointe de 2008 des Gouvernements italien et allemand	32-35
2. Les arguments des Parties concernant la demande reconventionnelle	36-59
a) L'étendue du différend	36-42
b) Le fond du différend	43-54
c) La controverse sur la notion de «situation continue»	55-59
VII. LES ORIGINES DE LA «SITUATION CONTINUE» DANS LA DOCTRINE INTERNATIONALISTE	60-64
VIII. LA FORMATION ET LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA «SITUATION CONTINUE» DANS LE CADRE DU CONTENTIEUX ET DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONAUX	65-83
1. En droit international public	66-72
2. En droit international des droits de l'homme	73-83
IX. LA FORMATION ET LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA «SITUATION CONTINUE» COMME CONCEPT DE DROIT INTERNATIONAL AU NIVEAU NORMATIF	84-91
X. LA «SITUATION CONTINUE» EN L'ESPÈCE	92-94
XI. L'ÉTENDUE DU PRÉSENT DIFFÉREND SOUMIS À LA COUR	95-100

XII. THE TRUE BEARERS ( <i>TITULAIRES</i> ) OF THE ORIGINALLY VIOLATED RIGHTS AND THE PITFALLS OF STATE VOLUNTARISM	101-123
1. The “real cause” of the present dispute	102-105
2. Inconsistencies of State practice	106-111
3. No lip service to State voluntarism	112-123
XIII. THE INCIDENCE OF <i>JUS COGENS</i> : PURPORTED WAIVER OF VINDICATION OF RIGHTS INHERENT TO THE HUMAN PERSON BEING DEVOID OF JURIDICAL EFFECTS	124-153
1. Conventional international law	126-135
(a) International humanitarian law	126-129
(b) International labour Conventions	130-133
(c) International law of human rights	134-135
2. General international law	136-139
3. The incidence of <i>jus cogens</i> , in the light of the submissions of the contending Parties	140-153
XIV. CONCLUSIONS	154-179



XII. LES VÉRITABLES TITULAIRES DES DROITS INITIALEMENT VIOLÉS ET LES ÉCUEILS DU VOLONTARISME ÉTATIQUE	101-123
1. La «cause réelle» du présent différend	102-105
2. Les incohérences de la pratique des États	106-111
3. Il n'y a pas lieu de sacrifier au volontarisme étatique	112-123
XIII. L'INCIDENCE DU <i>JUS COGENS</i> : LA PRÉTENDUE RENONCIATION À FAIRE VALOIR LES DROITS INHÉRENTS À LA PERSONNE HUMAINE EST DÉPOURVUE D'EFFETS JURIDIQUES	124-153
1. Droit international conventionnel	126-135
a) Droit international humanitaire	126-129
b) Conventions internationales du travail	130-133
c) Droit international des droits de l'homme	134-135
2. Droit international général	136-139
3. L'incidence du <i>jus cogens</i> à la lumière des arguments des Parties	140-153
XIV. CONCLUSIONS	154-179

---

I. *PROLEGOMENA*

1. I regret not to be able to follow the Court's majority in the decision which the Court has just adopted in the present Order, in the case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* (original claim and counter-claim). I care to leave on the records the foundations of my dissenting position, in view of the considerable importance that I attach to the issues raised by both Italy and Germany in the *cas d'espèce*, bearing in mind not only the settlement of the dispute at issue (in respect of the counter-claim), but also the need to clarify a matter (in order to say what the law is — *juris dictio*) which I regard as of the utmost importance for the present state as well as the progressive development of the law of nations (the *jus gentium*). I thus present with care the foundations of my dissenting position on the matter dealt with by the Court in the Order which it has just adopted, out of respect for, and zeal in, the exercise of the international judicial function, guided above all by the ultimate goal of the *realization of justice*.

2. To that effect, I shall dwell on all the aspects concerning the issue brought before the Court which form the object of the present Order of the Court. My first line of consideration concerns the emergence and *rationale* of counter-claims in international legal procedure, including their prerequisites, other characteristics and effects. I shall next turn to the question of the admissibility of counter-claims in the case law of the International Court of Justice (ICJ), and the question of the *admissibility* of the Italian counter-claim in the present case. After examining, in sequence, the *factual complex* of the present case and the arguments submitted by Germany and Italy, I shall turn to my following line of consideration concerning the notion of a “continuing situation”: its origins in international legal doctrine, its configuration in international litigation and case law (in public international law and in international law of human rights), as well as in international legal conceptualization at normative level.

3. The way will thus be paved for a consideration of that notion in the present case, as well as of the scope of the present dispute lodged with the Court. Next, I shall turn to my remaining line of considerations, on the following points: (*a*) the true bearers (*titulaires*) of the originally violated rights and the pitfalls of State voluntarism (the identification of the “real cause” of the present dispute, the inconsistencies of State practice, and the need to avoid paying lip service to State voluntarism); (*b*) the incidence of *jus cogens*: waiver of vindication of rights inherent to the human person being devoid of juridical effects. I shall consider this last point in the light of both conventional international law (international

## I. PROLÉGOMÈNES

1. J'ai le regret de ne pas pouvoir me rallier à la décision prise par la majorité de la Cour dans la présente ordonnance en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande originaire et demande reconventionnelle). Je tiens à faire figurer au dossier les motifs de mon opinion dissidente, à cause de l'importance considérable que j'attache aux questions soulevées tant par l'Italie que par l'Allemagne en l'espèce, en ayant à l'esprit non seulement le règlement du différend en cause (pour ce qui est de la demande reconventionnelle) mais également la nécessité de clarifier une question (en vue de dire le droit — *juris dictio*) qui, à mon avis, revêt une importance cruciale tant pour l'état actuel du droit des gens que pour son évolution progressive. J'exposerai donc avec le plus grand soin les motifs de mon opinion dissidente sur la question examinée par la Cour dans l'ordonnance qui vient d'être adoptée, par respect envers la fonction juridictionnelle internationale à laquelle je suis très attaché et guidé avant tout par l'objectif ultime de la *réalisation de la justice*.

2. Je me pencherai à cette fin sur tous les aspects de la question soulevée devant la Cour qui fait l'objet de la présente ordonnance. La première série de considérations porte sur la genèse et la raison d'être des demandes reconventionnelles en procédure internationale, y compris les conditions qu'elles doivent remplir, leurs autres caractéristiques et leurs effets. Je passerai ensuite à la question de la recevabilité des demandes reconventionnelles selon la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (ci-après «CIJ») et à la question de la *recevabilité* de la demande reconventionnelle de l'Italie en l'espèce. Après avoir examiné successivement l'*ensemble factuel complexe* dans la présente affaire et les arguments avancés par l'Allemagne et par l'Italie, je passerai à la deuxième série de considérations, portant sur la notion de «situation continue», pour analyser l'origine de cette notion dans la doctrine internationaliste, sa formation et ses éléments constitutifs dans le cadre du contentieux et de la jurisprudence internationaux (aussi bien en droit international public qu'en droit international des droits de l'homme), ainsi que sa consécration comme concept de droit international au niveau normatif.

3. Les jalons seront ainsi posés en vue de l'étude de cette notion en l'espèce et en vue de l'examen de l'étendue du présent différend porté devant la Cour. Je passerai ensuite à la dernière série de considérations, touchant les questions suivantes: *a)* les véritables titulaires des droits initialement violés et les écueils du volontarisme étatique (la détermination de la «cause réelle» du présent différend, les incohérences de la pratique étatique et la nécessité de ne pas sacrifier au volontarisme étatique); *b)* l'incidence du *jus cogens*: la renonciation à faire valoir des droits inhérents à la personne humaine est dépourvue d'effets juridiques. J'examinerai ce dernier point aussi bien sur le plan

humanitarian law, international labour Conventions, and the international law of human rights) and general international law, and assess the incidence of *jus cogens* in the light of the submissions of the contending Parties. The way will then be paved, last but not least, for the presentation of my conclusions.

## II. THE EMERGENCE OF COUNTER-CLAIMS IN INTERNATIONAL LEGAL PROCEDURE

4. Counter-claims are a juridical institute historically transposed from domestic procedural law into international procedural law. Another example of a transposition of the kind is afforded by provisional measures of protection<sup>1</sup>. But unlike these latter, counter-claims have not received sufficient attention from expert writing to date. Although counter-claims were never set forth in the Statute of The Hague Court (PCIJ and ICJ), they were promptly provided for in the first Rules of Court (of 1922, of the old Permanent Court of International Justice [PCIJ], Article 40), and remained unchanged in the revised Rules of 1926 and 1931.

5. In the early days of the PCIJ, the institute of counter-claims appeared to be surrounded by hesitations and uncertainties<sup>2</sup>, which began to dissipate gradually with the Court's practice on the matter. In the *Factory at Chorzów* (Germany v. Poland) case (1928), for example, the PCIJ had the occasion to pronounce such counter-claims, stressing their need to be "juridically connected" (*P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 38) to the original claim. In the years that followed, the Hague Court showed increasing preparedness to dwell further on the matter.

6. The next revised Rules of Court, of 1936, looked in fact more closely at counter-claims, which became regulated by the new Article 63. Emphasis was put on the requisites that a counter-claim was to fall under the jurisdiction of the PCIJ, and was to be presented in the Counter-Memorial, guarding a "direct connection" with the subject of the original claim. Such early developments were regarded as having been influenced, e.g., by an article by Judge Dionisio Anzilotti, of the PCIJ, on "*La riconvenzione nella procedura internazionale*",

<sup>1</sup> As I pointed out in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or to Extradite* (Belgium v. Senegal), *Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, pp. 165-200.

<sup>2</sup> Cf., e.g., the account by G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice — Interprétation et pratique*, Paris, Pedone, 1973, pp. 372-377.

du droit international conventionnel (droit international humanitaire, conventions internationales du travail et droit international des droits de l'homme) que sur celui du droit international général, et analyserai l'incidence du *jus cogens* à la lumière des arguments des Parties. Enfin, mais non par ordre d'importance, je serai en mesure de formuler mes conclusions.

## II. LA GENÈSE DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES EN PROCÉDURE INTERNATIONALE

4. D'un point de vue historique, l'institution juridique des demandes reconventionnelles en droit procédural international constitue un emprunt au droit procédural interne. On trouve un autre exemple d'une transposition de ce genre dans l'institution des mesures conservatoires<sup>1</sup>. Or, à la différence de ces dernières, les demandes reconventionnelles n'ont, à ce jour, pas suffisamment retenu l'intérêt de la doctrine. Bien que n'ayant jamais figuré dans le Statut de la Cour de La Haye (ni celui de la CPJI, ni celui de la CIJ), les demandes reconventionnelles ne tardèrent pas à apparaître dans le premier Règlement de la Cour (article 40 du Règlement de l'ancienne Cour permanente de Justice internationale [CPJI], datant de 1922) et ne furent pas affectées par les révisions dudit Règlement en 1926 et 1931.

5. Au cours des premières années d'existence de la CPJI, l'institution de la demande reconventionnelle semblait entourée d'hésitations et d'incertitudes<sup>2</sup> qui commencèrent à se dissiper progressivement au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne, 1928), par exemple, la CPJI eut l'occasion de statuer sur de telles demandes reconventionnelles, en insistant sur le «rapport de connexité juridique» qu'elles devaient entretenir avec la demande principale (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 38). Au cours des années suivantes, la Cour de La Haye se montra de plus en plus disposée à consacrer davantage d'attention à cette question.

6. Dans sa version révisée de 1936, le Règlement de la Cour permanente s'occupait effectivement de plus près des demandes reconventionnelles, qui étaient désormais régies par son nouvel article 63. L'accent était placé sur les conditions qu'une demande reconventionnelle devait remplir pour relever de la compétence de la CPJI. Elle devait notamment être présentée dans le contre-mémoire, en conservant une «connexité directe» avec l'objet de la demande principale. On estimait que ces premiers développements avaient été influencés, par

<sup>1</sup> Comme je l'ai souligné dans mon opinion dissidente en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 165-200.

<sup>2</sup> Cf., par exemple, l'exposé de G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice — Interprétation et pratique*, Paris, Pedone, 1973, p. 372-377.



published in the late 1920s<sup>3</sup>. In 1930 he republished it in French (one of the two official languages of the Court), shedding some light into the *rationale* of counter-claims (cf. *infra*).

7. The next steps were taken by the International Court of Justice (ICJ), which slightly amended the phrasing of Article 63 of the Rules of Court in 1946, and, four years later, pronounced on the matter in the (right of) *Asylum case (Colombia/Peru)*, drawing attention to the requirement of “connexité directe” (*Judgment, I.C.J. Reports 1950*, pp. 279-280) between the counter-claim and the original claim (cf. *infra*). In the 1978 revised Rules of Court, the provision on counter-claims was renumbered as Article 80, under “Proceedings in Contentious Cases — Incidental Proceedings”<sup>4</sup>.

8. That provision, as amended on 5 December 2000, and in force as from 1 February 2001, reads today as follows:

“1. The Court may entertain a counter-claim only if it comes within the jurisdiction of the Court and is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party.

2. A counter-claim shall be made in the Counter-Memorial and shall appear as part of the submissions contained therein. The right of the other party to present its views in writing on the counter-claim, in an additional pleading, shall be preserved, irrespective of any decision of the Court, in accordance with Article 45 (2) of these Rules, concerning the filing of further written pleadings.

3. Where an objection is raised concerning the application of paragraph 1 or whenever the Court deems necessary, the Court shall take its decision thereon after hearing the parties.”

9. Both in its present (2000) version and in its prior (1978) drafting, the ICJ had the occasion to apply Article 80 in a few cases (cf. *infra*), notably in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Order of 17 December 1997, in the case of the *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Order of 10 March 1998, in the case of the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Order of 30 June

<sup>3</sup> Originally in *Scritti della Facoltà Giuridica di Roma in Onore di A. Salandra* (1928), pp. 341 *et seq.*, and in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1929, Vol. 21, pp. 309 *et seq.*

<sup>4</sup> Part III, section D; and no longer presented solely in “Incidental Proceedings” instituted only by unilateral applications.

exemple, par un article de Dionisio Anzilotti, juge à la CPJI, intitulé *La riconvenzione nella procedura internazionale*, publié à la fin des années 1920<sup>3</sup>. En 1930, Anzilotti publia ce même article en français (l'une des deux langues officielles de la Cour), ce qui apporta quelque lumière sur la *raison d'être* des demandes reconventionnelles (cf. *infra*).

7. Les étapes suivantes furent l'œuvre de la Cour internationale de Justice (CIJ), qui modifia légèrement le libellé de l'article 63 du Règlement en 1946 et, quatre ans plus tard, statua en la matière dans l'affaire du *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, en attirant l'attention sur la condition de la «connexité directe» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 279-280) entre la demande reconventionnelle et la demande initiale (cf. *infra*). Dans la version révisée du Règlement de 1978, la disposition concernant les demandes reconventionnelles devint, après renumérotation, l'article 80, dans la section intitulée «Procédure contentieuse — Procédures incidentes»<sup>4</sup>.

8. Cette disposition, dans sa version modifiée du 5 décembre 2000 qui est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2001, se lit actuellement comme suit :

«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.»

9. La CIJ n'a eu que rarement l'occasion d'appliquer l'article 80 — tant dans la version actuelle (de 2000) que dans sa version antérieure (de 1978) — (cf. *infra*), notamment dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, ordonnance du 17 décembre 1997; dans celle des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 mars 1998; dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*

<sup>3</sup> A l'origine dans *Scritti della Facoltà Giuridica di Roma in Onore di A. Salandra* (1928), p. 341 et suiv., ainsi que dans la *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 21, 1929, p. 309 et suiv.

<sup>4</sup> Elle figure désormais dans la section D de la partie III, et non plus seulement dans le titre consacré aux «Procédures incidentes» introduites uniquement par requête unilatérale.

1999, and in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Order of 29 November 2001. And the ICJ has now, one decade later, another occasion to apply Article 80 (on counter-claims) of its Rules, in the current and pending case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*.

### III. THE *RATIONALE* OF COUNTER-CLAIMS IN INTERNATIONAL LEGAL PROCEDURE

10. Yet, well before this jurisprudential construction or development, the *rationale* of counter-claims was gradually identified and clarified by international legal doctrine. Thus, in his aforementioned article, D. Anzilotti pondered that

“( . . . ) once the system of unilateral application had been accepted, which allows the Applicant to establish the limits of the dispute as it sees fit, it was only natural that the Respondent be given the means to claim, in the same proceedings, that which is owed to it by the Applicant for a reason related to the dispute already pending”<sup>5</sup>.  
[*Translation by the Registry.*]

11. Underlying this outlook was the concern to ensure that the contending parties shared identity in the process. As pointed out by Raoul Genet still in the 1930s, “the Respondent in the initiated proceedings becomes the Applicant”: *reus in excipiendo fit actor*, “the original Applicant falls back into the role of counter-claim Respondent”. A new front of litigation is opened before the same jurisdiction, “but the parties remain precisely the same”. These latter conduct an enlarged debate before the same tribunal, which is to settle the dispute opposing the same adversaries “on what is virtually one and the same issue”<sup>6</sup>. And R. Genet considered that it was particularly necessary

“that the counter-claim should be in the nature of an act having serious intent, that is to say, (1) that it serve as a defence against the principal action; (2) that its purpose is to neutralize either the claim itself or the legal grounds on which the claim is based. These two features are also reflected in the concerns of the Court.”<sup>7</sup> [*Translations by the Registry.*]

<sup>5</sup> D. Anzilotti, “La demande reconventionnelle en procédure internationale”, 57 *Journal du droit international — Clunet* (1930), p. 870.

<sup>6</sup> R. Genet, “Les demandes reconventionnelles et la procédure de la Cour Permanente de Justice Internationale”, 19 *Revue de droit international et de législation comparée* (1938), p. 148.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 175.

(*Cameroun c. Nigéria*), ordonnance du 30 juin 1999; et dans celle des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, ordonnance du 29 novembre 2001. Une décennie plus tard, la CIJ a maintenant de nouveau l'occasion d'appliquer l'article 80 de son Règlement (relatif aux demandes reconventionnelles) dans l'affaire en cours relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*.

### III. LA RAISON D'ÊTRE DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES EN PROCÉDURE INTERNATIONALE

10. Néanmoins, bien avant cette construction ou évolution prétorienne, la raison d'être des demandes reconventionnelles avait progressivement été cernée et clarifiée par la doctrine internationaliste. Ainsi, dans son article susmentionné, D. Anzilotti relevait :

«une fois admis le système de la requête unilatérale, qui permet au demandeur d'établir, selon ses propres convenances, les limites de la contestation, il était naturel que l'on accordât au défendeur le moyen de demander, dans la même instance, ce qui lui est dû par le demandeur pour un motif connexe avec la controverse déjà pendante»<sup>5</sup>.

11. A l'origine de cette logique se trouvait la préoccupation d'assurer l'identité des parties au procès. Comme le relevait Raoul Genet, toujours dans les années 1930, «le défendeur au procès commencé se mue en demandeur»: *reus in excipiendo fit actor*, «le demandeur initial descend au rôle de défendeur reconventionnel». Un nouveau litige s'ouvre devant la même juridiction, «avec une parfaite identité dans les comparants». On assiste à un élargissement des débats devant la même juridiction, qui doit trancher le litige opposant les mêmes adversaires «sur un problème quasi unitaire»<sup>6</sup>. De même, d'après R. Genet, il est particulièrement nécessaire

«que la demande reconventionnelle ait le caractère d'une action réfléchie, c'est-à-dire: 1) qu'elle serve de défense contre l'action principale; 2) qu'elle tende à neutraliser soit la demande elle-même, soit les mobiles juridiques sur lesquels elle repose. Ces deux traits, nous les trouvons également traduits dans les préoccupations de la Cour.»<sup>7</sup>

<sup>5</sup> D. Anzilotti, «La demande reconventionnelle en procédure internationale», *Journal du droit international — Clunet*, vol. 57, 1930, p. 870.

<sup>6</sup> R. Genet, «Les demandes reconventionnelles et la procédure de la Cour permanente de Justice internationale», *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 19, 1938, p. 148.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 175.

### 1. Prerequisites

12. Once the *raison d'être* of the counter-claim was identified, attention was turned to its prerequisites and other characteristics. As to the former, it was beyond doubt that the first requirement had to do with jurisdiction itself: the counter-claim had to come within the jurisdiction of the Court concerned. And, secondly, there was the requirement of direct connection, both in fact and in law: the counter-claim had to be directly connected with the original claim of the contending party.

13. In an article published in 1975, Adolfo Miaja de la Muela observed that the counter-claim was based upon “constitutive facts” somewhat distinct from those alleged by the complainant, almost always not raised by this latter; yet, there was “the degree of connection” between them required by the procedural system at issue. The counter-claim was endowed with autonomy, though related to the original claim. Although the qualification of the “connection” should be direct, it could not be undertaken, he warned, on the basis of “aprioristic criteria”<sup>8</sup>.

14. The Court should thus examine the circumstances of the *cas d'espèce*, and the final qualification was at the discretion of the Court. The “direct connection” between the original claim and the counter-claim was thus to be assessed, both in fact and in law, with the needed flexibility, in the light of the circumstances of each case. This requisite did not appear as one of mechanical application<sup>9</sup>. Counter-claims, going much further than defences, aimed at establishing — just like the original claims and in the same process — State responsibility.

### 2. Other Characteristics and Effects

15. In addition to the aforementioned prerequisites, international legal doctrine was soon to identify also certain characteristics and effects of counter-claims. The counter-claim in a way *enlarged* the object of the contentious case at issue, lodged with the Court by the original claim. It thus widened the overview of the Court, as to both claims (the original and the counter-claim), enabling it to decide them more consistently. The counter-claim came thus to be regarded as a means of achieving more consistency in the Court's decision.

<sup>8</sup> A. Miaja de la Muela, “La Reconvención ante el Tribunal Internacional de Justicia”, 8 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (1975), No. 24, p. 757, and cf., pp. 751-753 and 760.

<sup>9</sup> As early as in 1930, for his part, D. Anzilotti pointed out, in relation to the admissibility of counter-claims, that “the jurisdiction of the Court is one condition for admissibility, but other conditions are undoubtedly necessary and . . . must be established through interpretation” [*translation by the Registry*], D. Anzilotti, *op. cit. supra* note 5, p. 868.

### 1. Conditions

12. Dès que la raison d'être de la demande reconventionnelle fut cernée, on se pencha sur ses conditions et ses autres caractéristiques. Quant aux conditions, il ne faisait point de doute que la première d'entre elles devait porter sur la compétence elle-même : la demande reconventionnelle doit relever de la compétence de la juridiction concernée. La seconde condition tenait à la connexité directe, en fait et en droit : la demande reconventionnelle devait être en connexité directe avec la demande initiale de la partie adverse.

13. Dans un article publié en 1975, Adolfo Miaja de la Muela observait que la demande reconventionnelle était basée sur des « faits constitutifs » qui différaient dans une certaine mesure de ceux allégués par le demandeur, puisqu'ils n'étaient presque jamais invoqués par ce dernier. Néanmoins, c'est du « degré de la connexité » exigée en vertu du système procédural qu'il s'agissait. La demande reconventionnelle était autonome, quoique liée à la demande initiale. Bien que la connexité dût être directe, cette qualification ne devait pas, avertissait-il, reposer sur des « critères aprioristes »<sup>8</sup>.

14. La Cour devrait donc examiner les circonstances du cas d'espèce et la qualification définitive relevait de son pouvoir discrétionnaire. La « connexité directe » entre la demande initiale et la demande reconventionnelle devait donc être appréciée en fait et en droit, avec la souplesse nécessaire, à la lumière des circonstances de chaque espèce. Cette prescription n'apparaissait pas comme susceptible d'application mécanique<sup>9</sup>. Les demandes reconventionnelles, allant bien plus loin que les moyens de défense, visaient à établir — de même que les demandes initiales et dans le cadre de la même procédure — la responsabilité de l'Etat.

### 2. Autres caractéristiques et effets

15. En plus des conditions susmentionnées, la doctrine internationaliste allait également bientôt cerner certains caractéristiques et effets des demandes reconventionnelles. La demande reconventionnelle *élargissait*, en quelque sorte, l'objet du différend en cause dont la Cour était saisie par la demande initiale. Elle élargissait donc la vue d'ensemble de la Cour quant aux deux demandes (la demande initiale et la demande reconventionnelle), en lui permettant de statuer sur elles d'une manière plus cohérente. La demande reconventionnelle finit donc par être considérée comme un moyen pour assurer davantage de cohérence dans la décision de la Cour.

<sup>8</sup> A. Miaja de la Muela, « La Reconvención ante el Tribunal Internacional de Justicia », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 8, 1975, n° 24, p. 757, et cf. p. 751-753 et 760.

<sup>9</sup> Déjà en 1930, D. Anzilotti soulignait de son côté, en ce qui concerne la recevabilité des demandes reconventionnelles, que « la compétence de la Cour [était] une condition de recevabilité, mais d'autres conditions [étaient] nécessaires, sans doute, et ... elles [devaient] être établies par voie d'interprétation » : D. Anzilotti, *op. cit. supra* note 5, p. 868.

16. The counter-claim — in the observation of Charles de Visscher in the mid-1960s — enabled the Court to “rule on the reciprocal claims in the course of the same proceedings, affording the Court an overview of the parties’ respective legal positions”<sup>10</sup> [*translation by the Registry*]. This is what happened, *inter alia*, as early as in the case of *Diversion of Water from the Meuse* (the Netherlands v. Belgium, 1937), wherein the PCIJ applied the requisite of the “direct connection” (cf. *supra*) between the original claim and the counter-claim. In the perception of Raoul Genet in the mid-1930s, “counter-claims (. . .) are by their very nature aimed at neutralizing the principal action and (. . .) imply that the Respondent has an equivalent and counter entitlement to that which the Applicant may invoke”<sup>11</sup> [*translation by the Registry*].

17. Directly connected as they are, each of them maintains its identity. The counter-claim has an autonomous nature, as opposed to defences. The ICJ itself differentiated a counter-claim from a defence, in the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Hostages) case (*United States of America v. Iran*), *Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979*, p. 15, para. 24). Rather than a defence, a counter-claim appears as a counter-attack. The counter-claim is independent from the original claim (though directly connected with it), it has an autonomous character. In S. Rosenne’s view, while it is true that the counter-claim, by means of the “direct connection” with the original claim, has to rely on arguments related to the *factual complex*, it is also certain that “the counter-claim is a purely self-standing institution following its own logic, its own procedure, and its own rules”<sup>12</sup>.

18. This led to yet another characteristic of counter-claims, namely, they constitute a means of achieving essentially procedural economy, in enabling the Court to have “an overview of the respective claims” of the contending parties, and thereby to decide them “more consistently”<sup>13</sup>. In this respect, once again D. Anzilotti anticipated, with foresight, in the early stage of operation of the PCIJ, that: “The principle of the autonomy

<sup>10</sup> Ch. de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 114. In the same line of thinking, the Report of Georges Scelle for the [ILC’s] Model Rules on Arbitral Procedure (adopted in 1958) stated that the counter-claim “emanates from the party against which the principal claim is directed and seeks to obtain *more than* the straightforward rejection of the Applicant’s submissions” [*translation by the Registry*] (UN doc. A/CN.4/18, note 78), in: Union Académique Internationale, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 199. The ILC’s Model Rules on Arbitral Procedure are also mentioned, in connection specifically with counter-claims, in: J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Brussels, Bruylant, 2001, p. 316.

<sup>11</sup> R. Genet, *op. cit. supra* note 6, p. 155, and cf. p. 165.

<sup>12</sup> S. Rosenne, “Counter-Claims in the International Court of Justice Revisited”, in *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge J. M. Ruda* (C. A. Armas Barea, J. A. Barberis *et al.* (eds.)), The Hague, Kluwer, 2000, p. 476.

<sup>13</sup> Cf. *ibid.*, p. 470.

16. Comme l'observait Charles de Visscher au milieu des années 1960, la demande reconventionnelle permettait à la Cour de «statuer, au cours d'une même instance, sur les demandes réciproques, ce qui permet au juge de saisir dans une vue d'ensemble les positions de droit respectives des parties»<sup>10</sup>. C'est ce qui se produisit déjà, entre autres, dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* (Pays-Bas c. Belgique, 1937), où la CPJI appliqua la prescription de la «connexité directe» (cf. *supra*) entre la demande initiale et la demande reconventionnelle. Comme l'estimait Raoul Genet au milieu des années 1930, «les demandes reconventionnelles ... tendent, par leur nature même, à neutraliser l'action principale et ... elles supposent, chez le défendeur, un titre équivalent et de sens contraire à celui dont peut se targuer le demandeur»<sup>11</sup>.

17. En dépit de leur connexité directe, chacune des demandes conserve son identité. La demande reconventionnelle possède une nature autonome, contrairement aux moyens de défense. La CIJ elle-même a fait la distinction entre une demande reconventionnelle et un moyen de défense, dans l'affaire des otages (*Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 15, par. 24). La demande reconventionnelle n'apparaît pas comme un moyen de défense, mais plutôt comme une «contre-attaque». Elle est indépendante de la demande initiale (tout en étant en connexité directe avec celle-ci), elle a une nature autonome. D'après S. Rosenne, s'il est vrai que, du fait de la «connexité directe» avec la demande principale, la demande reconventionnelle doit reposer sur des arguments liés à l'ensemble factuel, il est également certain que «la demande reconventionnelle représente une institution purement autonome ayant une logique, une procédure et des règles propres»<sup>12</sup>.

18. Cela a permis de dégager une autre caractéristique des demandes reconventionnelles, à savoir qu'elles représentent essentiellement un moyen pour assurer une économie de procès, en permettant à la Cour d'avoir «une vue d'ensemble des prétentions respectives» des parties en litige et, partant, de statuer sur elles «de manière plus cohérente»<sup>13</sup>. A cet égard, c'est toujours D. Anzilotti qui sut entrevoir de manière vision-

<sup>10</sup> Ch. de Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 114. Dans le même esprit, le rapport de Georges Scelle concernant le modèle de règles sur la procédure arbitrale [de la CDI] (adopté en 1958) disait que la demande reconventionnelle «éman[ait] de la partie contre laquelle [était] dirigée la demande principale et tend[ait] à obtenir quelque chose de plus que le simple rejet des conclusions du demandeur» (document des Nations Unies A/CN.4/18, note 78), Union académique internationale, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 199. Le modèle de règles de la CDI sur la procédure arbitrale est également mentionné, notamment à propos des demandes reconventionnelles, dans J. Salmon (dir. publ.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 316.

<sup>11</sup> R. Genet, *op. cit. supra* note 6, p. 155, et cf. p. 165.

<sup>12</sup> S. Rosenne, «Counter-Claims in the International Court of Justice Revisited», dans C. A. Armas Barea, J. A. Barberis *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum «In Memoriam» of Judge J. M. Ruda*, La Haye, Kluwer, 2000, p. 476.

<sup>13</sup> Cf. *ibid.*, p. 470.



of the counter-claim also entails a requirement that the principal Applicant have the same advantages in respect of the counter-claim as enjoyed by the Respondent in respect of the principal claim.”<sup>14</sup> [*Translation by the Registry.*]

19. Having considered the *rationale* of counter-claims in international legal procedure, and having identified its characteristics and effects, the way is now paved for me to move on the consideration of their admissibility in the case law of the ICJ. Before doing so, I allow myself to sum up what I have examined so far. If I were to single out the major concern of jurists of the past with the juridical institute of counter-claims in international legal procedure, I would surely elect the underlying and most commendable preoccupation to secure the *realization of justice* at international level.

#### IV. THE QUESTION OF THE ADMISSIBILITY OF COUNTER-CLAIMS IN THE CASE LAW OF THE ICJ

20. Turning now to the issue of the admissibility of counter-claims in the case law of the ICJ, I shall concentrate on the Court’s decisions under Article 80 of its Rules, both under its 1978 version and under its revised 2000 version (in force as from 2001). Four Orders of the Court had been issued thereunder, before the Court’s present Order in the pending case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*.

In the first of those four Orders (and probably the most elaborate one), in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Order of 17 December 1997, the ICJ began by conceptualizing the counter-claim.

21. In the Court’s view, a counter-claim has a “dual character” in relation to the original claim; it is both “independent of the principal claim”, it is “an autonomous legal act”, while, at the same time, it is “linked” to the original claim. The “thrust” of a counter-claim is thus “to widen the original subject-matter of the dispute by pursuing objectives other than the mere dismissal of the claim of the Applicant in the main proceedings”. Filed against the Applicant, the counter-claim is thus “distinguishable from a defence on the merits” (*I.C.J. Reports 1997*, p. 256, para. 27). Moving on to the criteria of admissibility, the Court added:

“Whereas, (. . .) a claim should normally be made before the Court by means of an application instituting proceedings; whereas, although it is permitted for certain types of claim to be set out as incidental proceedings, that is to say, within the context of a case

<sup>14</sup> D. Anzilotti, *op. cit. supra* note 5, p. 876.

naire, dès le début du fonctionnement de la CPJI, que: «Du principe de l'autonomie de la demande reconventionnelle dérive également que le demandeur principal doit avoir, à son égard, les mêmes avantages qui appartiennent au défendeur à l'égard de la demande principale.»<sup>14</sup>

19. Après avoir examiné la raison d'être des demandes reconventionnelles en procédure internationale et après avoir cerné leurs caractéristiques et leurs effets, je suis maintenant en mesure de passer à l'étude de leur recevabilité selon la jurisprudence de la CIJ. Avant d'y procéder, je me permettrai de récapituler l'analyse effectuée jusqu'à présent. Si je devais dégager la principale préoccupation des juristes du passé quant à l'institution juridique des demandes reconventionnelles en procédure internationale, mon choix porterait sûrement sur la préoccupation sous-jacente et particulièrement louable d'assurer la *réalisation de la justice* au niveau international.

#### IV. LA QUESTION DE LA RECEVABILITÉ DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES SELON LA JURISPRUDENCE DE LA CIJ

20. Passant maintenant à la question de la recevabilité des demandes reconventionnelles selon la jurisprudence de la CIJ, je me pencherai sur les décisions rendues par la Cour en vertu de l'article 80 de son Règlement, tant dans sa version de 1978 que dans sa version révisée de 2000 (en vigueur depuis 2001). La Cour a rendu quatre ordonnances en vertu de ce texte, avant de rendre cette ordonnance dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*.

Dans la première de ces quatre ordonnances (qui est probablement la plus détaillée), rendue en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* (ordonnance du 17 décembre 1997), la CIJ a d'abord précisé les contours du concept de demande reconventionnelle.

21. D'après la Cour, une demande reconventionnelle présente «un double caractère» au regard de la demande principale: elle «en est indépendante» et constitue «un acte juridique autonome», tout en «s'y rattach[ant]». Le «propre» d'une demande reconventionnelle est donc «d'élargir l'objet initial du litige en poursuivant des avantages autres que le simple rejet de la prétention du demandeur à l'action». Etant dirigée contre le demandeur, la demande reconventionnelle, partant, «se distingue d'un moyen de défense au fond» (*C.I.J. Recueil 1997*, p. 256, par. 27). En passant au critère de la recevabilité, la Cour ajoutait:

«Considérant ... qu'une demande doit normalement être portée devant le juge par la voie d'un acte introductif d'instance; que, s'il est admis que certains types de demandes soient formulées à titre incident, c'est-à-dire dans le cadre d'une instance déjà en cours, c'est

<sup>14</sup> D. Anzilotti, *op. cit. supra* note 5, p. 876.

which is already in progress, this is merely in order to ensure better administration of justice, given the specific nature of the claims in question; whereas, as far as counter-claims are concerned, the idea is essentially to achieve a procedural economy whilst enabling the Court to have an overview of the respective claims of the parties and to decide them more consistently; and whereas the admissibility of the counter-claims must necessarily relate to the aims thus pursued and be subject to conditions designed to prevent abuse;

Whereas the Respondent cannot use a counter-claim as a means of referring to an international court claims which exceed the limits of its jurisdiction as recognized by the parties; and whereas the Respondent cannot use that means either to impose on the Applicant any claim it chooses, at the risk of infringing the Applicant's rights and of compromising the proper administration of justice; and whereas it is for that reason that paragraph 1 of Article 80 of the Rules of Court requires that the counter-claim 'comes within the jurisdiction of the Court' and 'that it is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party'; (. . .)

Whereas the Rules of Court do not define what is meant by 'directly connected'; whereas it is for the Court, in its sole discretion, to assess whether the counter-claim is sufficiently connected to the principal claim, taking account of the particular aspects of each case; and whereas, as a general rule, the degree of connection between the claims must be assessed both in fact and in law" (*I.C.J. Reports 1997*, pp. 257-258, paras. 30-31 and 33).

22. Thus, it was clarified by the Court, in its aforementioned Order in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1997), that, pursuant to its own analytical framework, in order to rule on the admissibility of a counter-claim, it was incumbent upon it, first of all, to determine whether the submissions presented by the Respondent State constituted a true counter-claim; in the affirmative, the Court was to ascertain whether the counter-claim fell under its own jurisdiction, already established for the adjudication of the contentious case at issue. And, in the affirmative, the Court was further to ascertain whether the counter-claim was "directly connected" with the subject-matter of the original claim, submitted by the Applicant State. The Court was to proceed to this assessment in the exercise of its own discretion, as a general rule on the basis of "fact and law"; in order to determine whether the claims are directly connected in fact and law.

23. In its following Order concerning counter-claims (of 10 March 1998), in the case concerning *Oil Platforms (Iran v. United States of America)*, the Court saw it fit to dwell upon the exercise of determining whether the counter-claim was "directly connected" with the original claim, since the Rules of Court did not define what was meant by that

aux seules fins d'assurer une meilleure administration de la justice compte tenu du caractère particulier des demandes en cause; qu'en ce qui concerne les demandes reconventionnelles il s'agit essentiellement de réaliser une économie de procès tout en permettant au juge d'avoir une vue d'ensemble des prétentions respectives des parties et de statuer de façon plus cohérente; et que la recevabilité des demandes reconventionnelles est nécessairement fonction des buts ainsi poursuivis et sujette à des conditions propres à prévenir les abus;

Considérant que le défendeur ne saurait tirer parti de l'action reconventionnelle pour porter devant le juge international des demandes qui excéderaient les limites dans lesquelles les parties ont reconnu sa compétence; et que le défendeur ne saurait davantage imposer par cette voie au demandeur n'importe quelle demande, au risque de porter atteinte aux droits de celui-ci et de compromettre la bonne administration de la justice; et considérant que c'est pour ce motif qu'il est exigé, au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement, que la demande reconventionnelle «relève de la compétence de la Cour» et «soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse»; ...

Considérant que le Règlement ne définit pas la notion de «connexité directe»; qu'il appartient à la Cour d'apprécier souverainement, 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, le degré de connexité entre ces demandes doit être évalué aussi bien en fait qu'en droit» (C.I.J. Recueil 1997, p. 257-258, par. 30, 31 et 33).

22. Ainsi, dans l'ordonnance susmentionnée rendue en 1997 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour précisa que, conformément à son cadre d'analyse, pour statuer sur la recevabilité d'une demande reconventionnelle, elle devait tout d'abord déterminer si les conclusions de l'Etat défendeur constituaient bien une demande reconventionnelle. Dans l'affirmative, la Cour devait déterminer si la demande reconventionnelle relevait de sa compétence, telle qu'elle a été déjà établie en vue du règlement de l'affaire contentieuse en question. Et, dans l'affirmative, la Cour devait également déterminer si la demande reconventionnelle était en «connexité directe» avec l'objet de la demande initiale soumise par l'Etat demandeur. La Cour devait effectuer cette appréciation souverainement, en général sur la base des «faits et [du] droit», afin de déterminer si les demandes étaient en connexité directe en fait et en droit.

23. Dans son ordonnance suivante ayant trait à des demandes reconventionnelles (du 10 mars 1998), rendue en l'affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour estima qu'il y avait lieu de procéder à une analyse détaillée pour déterminer si la demande reconventionnelle était «en connexité directe» avec la demande initiale,

requirement (*I.C.J. Reports 1998*, pp. 196-197, para. 13). In order to determine whether the counter-claim was “directly connected”, on the basis of fact and law, with the subject-matter of the original claim, the Court was to ascertain, first, whether the claim and the counter-claim rested on “facts of the same nature”, i.e., whether they formed part of “the same factual complex” (*ibid.*, pp. 204-205, para. 37); and, secondly, whether the claim and counter-claim pursued “the same legal aim”, namely, the establishment of legal responsibility (*ibid.*, p. 205, para. 38).

24. The ICJ added that a decision on the admissibility of a counter-claim, under Article 80 of the Rules of Court, “in no way prejudices any question which the Court will be called upon to hear during the remainder of the proceedings” (*ibid.*, p. 205, para. 41), a point which, by the way, also applies to provisional measures of protection. In that case, the ICJ concluded, as to the admissibility of the counter-claim, that the contending parties’ submissions rested on “facts of the same nature”, and formed “part of the same factual complex” (*ibid.*, p. 205, para. 38).

25. Over a year later, in the case of the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Order of 30 June 1999, the ICJ again found that the counter-claims of Nigeria met the requirement of jurisdiction set out in Article 80 of the Rules of Court, as they rested on “facts of the same nature” as those in the corresponding claims of Cameroon, and both parties pursued “the same legal aim, namely the establishment of legal responsibility and the determination of the reparation due on this account”. The counter-claims were thus “directly connected” with the subject-matter of the claims of the other party, and were therefore found admissible (*I.C.J. Reports 1999 (II)*, pp. 985-986) by the Court.

26. Subsequently, in its Order (of 29 November 2001) in the case of the *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, the ICJ, stressing the requirement of “direct connection” (cf. *supra*) as a condition of admissibility of a counter-claim (*I.C.J. Reports 2001*, p. 678, paras. 35-36), decided that the first two of Uganda’s counter-claims (but not the third one) and the respective original claims of Congo related to “facts of the same nature” and concerned “a conflict in existence between the two neighbouring States” since 1994, and were thus “directly connected”, pursuing “the same legal aims”, being thus admissible (*ibid.*, pp. 678-681, paras. 38-45)<sup>15</sup>. The Court pondered, in support of its decision of admissibility, that, in view of the circumstances of the case, “the sound administration of justice and the interests of procedural economy call for the simultane-

<sup>15</sup> Which was not the case with Uganda’s third counter-claim.

étant donné que son Règlement ne définissait pas le sens de cette condition (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 196-197, par. 13). Afin d'établir si la demande reconventionnelle était «en connexité directe», en fait et en droit, avec l'objet de la demande principale, la Cour devait déterminer, premièrement, si la demande principale et la demande reconventionnelle reposaient sur des «faits de même nature», c'est-à-dire si elles s'inscrivaient dans le cadre d'un «même ensemble factuel complexe» (*ibid.*, p. 204-205, par. 37); et, deuxièmement, si la demande principale et la demande reconventionnelle poursuivaient «le même but juridique», à savoir «l'établissement d'une responsabilité juridique» (*ibid.*, p. 205, par. 38).

24. La CIJ ajoutait qu'une décision rendue sur la recevabilité d'une demande reconventionnelle en vertu de l'article 80 du Règlement de la Cour «ne saurait préjuger aucune question dont la Cour aurait à connaître dans la suite de la procédure» (*ibid.*, p. 205, par. 41), ce qui vaut d'ailleurs également pour les mesures conservatoires. Dans cette affaire, la CIJ concluait, en ce qui concerne la recevabilité de la demande reconventionnelle, que les conclusions des parties reposaient «sur des faits de même nature» et s'inscrivaient «dans le cadre d'un même ensemble factuel complexe» (*ibid.*, p. 205, par. 38).

25. Plus d'un an après, en l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)* (ordonnance du 30 juin 1999), la CIJ jugea également que les demandes reconventionnelles du Nigéria satisfaisaient au critère de la compétence contenu à l'article 80 du Règlement de la Cour, puisqu'elles reposaient sur des «faits de même nature» que ceux figurant dans les demandes correspondantes du Cameroun et que les deux parties poursuivaient «le même but juridique, à savoir l'établissement de la responsabilité juridique et la détermination de la réparation due à ce titre». Les demandes reconventionnelles étaient donc «en connexité directe» avec les demandes de la partie adverse et furent dès lors jugées recevables par la Cour (*C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 985-986).

26. Ensuite, dans son ordonnance (du 29 novembre 2001) rendue en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la CIJ jugea, en insistant sur le critère de la «connexité directe» (cf. *supra*) comme condition de la recevabilité d'une demande reconventionnelle (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 678, par. 35-36), que les deux premières demandes reconventionnelles de l'Ouganda (mais non la troisième), ainsi que les demandes originaires correspondantes du Congo, portaient sur des «faits de même nature» et avaient trait à «un conflit existant entre les deux Etats voisins» depuis 1994 et étaient «en connexité directe», poursuivaient «les mêmes buts juridiques» et, partant, étaient recevables (*ibid.*, p. 678-681, par. 38-45)<sup>15</sup>. Pour justifier sa décision déclarant les demandes recevables, la Cour indiquait que, au vu des circonstances de l'espèce, «une bonne administra-

<sup>15</sup> Ce qui n'était pas le cas pour la troisième demande reconventionnelle de l'Ouganda.

ous consideration of those counter-claims and the principal claims” (*I.C.J. Reports 2001*, p. 680, para. 44).

27. Thus, in those four precedents of the Court’s present Order in the pending case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, the Court found in favour of the admissibility of the counter-claims, as above reported, and without prejudice to the subsequent decisions on the merits of the respective cases. While in the present case, Germany has challenged the jurisdiction of the ICJ over Italy’s counter-claim, in the four preceding cases concerning counter-claims, the Court’s jurisdiction had either not been contested by the Applicant States, or else the Court had had the opportunity to establish its own jurisdiction in an incidental phase, previous to the filing of the counter-claims<sup>16</sup>. In any case, their significance as precedents cannot be separated from their procedural history.

#### V. THE QUESTION OF THE ADMISSIBILITY OF THE COUNTER-CLAIM IN THE PRESENT CASE

28. Such history shows that the Court’s practice in relation to counter-claims is still in the making. The decision that the Court has just taken in the present case in no way contributes to the evolution of its own case law on the subject. It is, quite on the contrary, an *involution*, a step back-

<sup>16</sup> May it be recalled, first, that the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* was lodged with the ICJ in 1993, jurisdiction having been based on a compromissory clause (Article IX of the Convention against Genocide). There were two requests for provisional measures. The first set of provisional measures proceedings which took place in 1993 culminated in an Order (of 8 April 1993) whereby the Court indicated three sets of measures, later confirmed by another Order (of 13 September 1993). In its Judgment of 1996 in the preliminary objections phase, the ICJ confirmed its previous finding on jurisdiction and rejected Yugoslavia’s objections (the Court decided that it had jurisdiction to adjudicate upon the dispute on the basis of Article IX of the Genocide Convention).

Yugoslavia included counter-claims in its Counter-Memorial, and Bosnia and Herzegovina did not challenge the Court’s jurisdiction over the counter-claims; it only challenged the connection with the subject-matter of the initial proceedings. Bosnia and Herzegovina argued that the counter-claim at issue should not be joined to the principal claim; it suggested that Yugoslavia could always submit to the ICJ an Application instituting proceedings through the normal channels. By an Order of 17 December 1997, the ICJ found that Yugoslavia’s counter-claims were “directly connected” with the subject-matter of the Applicant’s claims and were thus admissible (para. 37). But later on Yugoslavia, in 2001, withdrew the counter-claims submitted in its Counter-Memorial, and informed the Court that it intended to submit an Application for revision of the Judgment of 11 July 1996. It did so later on, on 24 April 2001, when it requested the Court to revise the Judgment on Preliminary Objections delivered on 11 July 1996. By an Order of

tion de la justice et un souci d'économie de procès appel[ai]ent un examen simultané de ces demandes reconventionnelles et des demandes au principal» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 680, par. 44).

27. Ainsi, dans ces quatre précédents qui existaient avant l'ordonnance rendue par la Cour dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, la Cour a déclaré les demandes reconventionnelles recevables, comme il a été indiqué ci-dessus, et sans préjudice des décisions qu'elle rendrait ultérieurement sur le fond des affaires concernées. Tandis que, dans la présente affaire, l'Allemagne a contesté la compétence de la CIJ pour connaître de la demande reconventionnelle de l'Italie, dans les quatre affaires précédentes ayant trait à des demandes reconventionnelles, la compétence de la Cour soit n'avait pas été contestée par les Etats demandeurs, soit avait été établie par la Cour elle-même au cours d'une phase incidente avant le dépôt des demandes reconventionnelles<sup>16</sup>. En tout état de cause, leur valeur de précédents ne saurait être envisagée isolément de l'évolution procédurale dans laquelle elles s'inscrivent.

#### V. LA QUESTION DE LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE EN L'ESPÈCE

28. Cette évolution procédurale révèle que la pratique de la Cour en matière de demandes reconventionnelles est toujours en voie de formation. La décision que la Cour vient de prendre en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ne contribue en aucune manière à l'évolution de

<sup>16</sup> Qu'il me soit permis de rappeler, premièrement, que l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* fut introduite devant la CIJ en 1993, la compétence étant basée sur une clause compromissoire (article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide). Deux demandes en indication de mesures conservatoires avaient été présentées. Le premier volet de procédures concernant des mesures conservatoires, qui eut lieu en 1993, aboutit à une ordonnance (du 8 avril 1993) en vertu de laquelle la Cour indiqua trois ensembles de mesures, confirmés par la suite par une autre ordonnance (du 13 septembre 1993). Dans son arrêt de 1996 rendu au stade des exceptions préliminaires, la CIJ confirma sa conclusion antérieure concernant sa compétence et rejeta les exceptions de la Yougoslavie (la Cour se reconnut compétente pour connaître du différend en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide).

La Yougoslavie présenta des demandes reconventionnelles dans son contre-mémoire et la Bosnie-Herzégovine ne contesta pas la compétence de la Cour pour connaître de ces demandes; elle contesta seulement la connexité avec l'objet de la procédure initiale. La Bosnie-Herzégovine soutenait que la demande reconventionnelle en question ne devrait pas être jointe à la demande principale; elle suggérait que la Yougoslavie pourrait toujours introduire devant la Cour une requête introductive d'instance par les voies ordinaires. Par une ordonnance du 17 décembre 1997, la CIJ jugea que les demandes reconventionnelles de la Yougoslavie étaient «en connexité directe» avec l'objet des demandes du demandeur et étaient dès lors recevables (par. 37). Par la suite, en 2001, la Yougoslavie retira les demandes reconventionnelles présentées dans son contre-mémoire et informa la Cour qu'elle avait l'intention de déposer une requête en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996. C'est bien ce qu'elle fit ultérieurement, le 24 avril 2001, lorsqu'elle demanda à la



wards, as it surrounds the handling of counter-claims with greater uncertainties. In my understanding, the Court should have decided for the *admissibility* of Italy's counter-claim in the present Order, and should have left for its subsequent decision on merits the determination as to whether the counter-claim was well-founded or not, as it did in a couple of precedents<sup>17</sup> of the present Order.

29. This feature of the previous practice of the Court in the handling of counter-claims had been favourably acknowledged in expert-writing, for having thereby treated the counter-claims together with the main claims, duly enlarging the object of the dispute and enabling the ICJ to have a better knowledge of the dispute it had been called upon to adjudicate<sup>18</sup>. Without Italy's counter-claim of reparations for damages arising from war crimes, the Court will now have a much narrower horizon

---

10 September 2001, the Court's President placed on record the withdrawal by Yugoslavia of the counter-claims submitted in its Counter-Memorial.

Secondly, in the *Oil Platforms* case (*Iran v. United States of America*), the United States raised a preliminary objection to the jurisdiction of the Court pursuant to Article 79 (1) of the Rules of Court. In a Judgment of 12 December 1996, the ICJ dismissed the preliminary objection and found that it had jurisdiction to entertain the main claim interposed by Iran. The United States filed its Counter-Memorial, which included a counter-claim, challenged by Iran for allegedly failing to meet the requirements (of jurisdiction and of direct connection) set out by Article 80 of the Rules of Court. By an Order of 10 March 1998, the ICJ found that it had jurisdiction to entertain the counter-claim; the procedural difference with the present case was that, in the *Oil Platforms* case, the ICJ had already stated its jurisdiction with regard to the subject which became later an issue of a counter-claim. Yet, in the present and pending case of *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy*), the Court's jurisdiction had not been formally established.

The Court had established its jurisdiction in a Judgment rendered on 12 December 1996 (para. 55 (2)), and the parties raised certain questions as to the precise significance or scope of that Judgment. In its Judgment on the merits of 6 November 2003, the ICJ was faced with new objections by Iran to its jurisdiction to entertain the counter-claim (or to its admissibility) at the merits phase of the case; such objections were different from those addressed by the Court's Order of 10 March 1998. The Court pointed out that, in its previous Order of 10 March 1998, it did "not address any other question relating to jurisdiction and admissibility, not directly linked to Article 80 of the Rules" (para. 105 of the Judgment). At last, the Court found, at that stage, that the counter-claims of the United States could not be upheld.

And thirdly, in the case of the *Armed Activities on the Territory of the Congo* (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*) (2001), Congo did not deny that Uganda's claims fulfilled the "jurisdictional" requirement of Article 80 (1) of the Rules of Court, and the ICJ referred mainly to the "direct connection" between the original claims and the counter-claims (cf. *supra*).

<sup>17</sup> E.g., those concerning the case of the *Oil Platforms* (1998) and the case of the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (1999), *supra*.

<sup>18</sup> S. Torres Bernárdez, "La modification des articles du Règlement de la Cour Internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles", 49 *Annuaire français de droit international* (2003), pp. 229, 233-234, 241 and 247.

sa jurisprudence en la matière. Elle constitue au contraire une *involution*, un pas en arrière, puisqu'elle ajoute à l'incertitude entourant le traitement des demandes reconventionnelles. A mon avis, la Cour aurait dû, par la présente ordonnance, déclarer la demande reconventionnelle de l'Italie *recevable* et ne statuer sur son bien-fondé que par la suite, au stade du fond, comme elle a déjà procédé dans deux affaires antérieures<sup>17</sup> à la présente ordonnance.

29. Ce trait de la pratique antérieure de la Cour en matière de demandes reconventionnelles avait reçu un accueil favorable en doctrine à cause du traitement simultané des demandes reconventionnelles et des demandes principales, élargissant opportunément l'objet du litige et permettant à la CIJ de mieux connaître le différend qu'elle était appelée à trancher<sup>18</sup>. Sans la demande reconventionnelle de l'Italie portant sur les réparations à raison des préjudices liés aux crimes de guerre, la Cour devra à présent

---

Cour de réviser l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu le 11 juillet 1996. Par ordonnance du 10 septembre 2001, le président de la Cour prit acte du retrait par la Yougoslavie des demandes reconventionnelles présentées dans son contre-mémoire.

Deuxièmement, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, les Etats-Unis soulevèrent une exception préliminaire quant à la compétence de la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 79 de son Règlement. Par arrêt du 12 décembre 1996, la CIJ rejeta l'exception préliminaire et se reconnut compétente pour connaître de la demande principale de l'Iran. Les Etats-Unis déposèrent leur contre-mémoire contenant une demande reconventionnelle, qui fut contestée par l'Iran au motif qu'elle ne satisfèrait pas aux critères (compétence et connexité directe) définis à l'article 80 du Règlement de la Cour. Par ordonnance du 10 mars 1998, la CIJ se reconnut compétente pour connaître de la demande reconventionnelle. Sur le plan procédural, la différence par rapport à la présente espèce tenait à ce que, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, la Cour s'était déjà reconnue compétente pour connaître de la question ayant par la suite fait l'objet d'une demande reconventionnelle. En revanche, dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, la compétence de la Cour n'avait pas encore été formellement établie.

La Cour avait retenu sa compétence dans un arrêt rendu le 12 décembre 1996 (par. 55, point 2) et les parties soulevèrent certaines questions quant à la signification précise ou à la portée de cet arrêt. Dans son arrêt sur le fond rendu le 6 novembre 2003, la CIJ était confrontée à de nouvelles exceptions soulevées par l'Iran quant à sa compétence pour connaître de la demande reconventionnelle (ou la recevabilité de celle-ci) au stade du fond; ces exceptions étaient différentes de celles examinées par la Cour dans son ordonnance du 10 mars 1998. La Cour indiqua que, dans son ordonnance antérieure du 10 mars 1998, elle « ne trait[ait]... en ce qui concerne la compétence et la recevabilité, d'aucune question qui ne [fût] directement liée à l'article 80 du Règlement » (paragraphe 105 de l'arrêt). Enfin, la Cour jugea, à ce stade, que les demandes reconventionnelles des Etats-Unis ne sauraient être retenues.

Enfin, troisièmement, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (2001), le Congo ne niait pas que les demandes de l'Ouganda satisfaisaient au critère de la « compétence » prévu au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour, et la CIJ se référait principalement à la « connexité directe » entre les demandes initiales et les demandes reconventionnelles (cf. *supra*).

<sup>17</sup> Ainsi, par exemple, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (1998) et dans celle de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (1999): cf. *supra*.

<sup>18</sup> S. Torres Bernárdez, « La modification des articles du Règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *Annuaire français de droit international*, vol. 49, 2003, p. 229, 233-234, 241 et 247.

to pronounce on Germany's (original) claim of State immunity. The present decision of the Court made *tabula rasa* of its own previous reasonings, and of 70 years of the more enlightened legal doctrine on the matter, to the effect that counter-claims do assist in achieving the sound administration of justice (*la bonne administration de la justice*) and in securing the needed equilibrium between the procedural rights of the contending parties.

30. In any case, as the Court's majority decided summarily to discard the counter-claim as "inadmissible as such" — with my firm dissent — it should at least have instructed itself properly by holding, first, public hearings to obtain further clarifications from the contending Parties. It should not have taken the present decision without first having heard the contending Parties in a public sitting, for five reasons, namely: (a) first, as a basic requirement ensuing from the principle of international procedural law, of the sound administration of justice (*la bonne administration de la justice*); (b) secondly, because counter-claims are ontologically endowed with *autonomy*, and ought to be treated on the same footing as the original claims, that they intend to neutralize (*supra*); (c) thirdly, claims and counter-claims, "directly connected" as they ought to be, require a strict observance of the *principe du contradictoire* in their handling altogether<sup>19</sup>; (d) fourthly, only with the faithful observance of the *principe du contradictoire* can the *procedural equality* of the parties (Applicant and Respondent, rendered Respondent and Applicant by the counter-claim) be secured; and fifthly, and (e) last but not least, the issues raised by the original claim and the counter-claim before the Court are far too important — for the settlement of the case as well as for the present and the future of international law — to have been dealt with by the Court in the way it did, summarily rejecting the counter-claim.

#### VI. THE *FACTUAL COMPLEX* OF THE PRESENT CASE AND THE ARGUMENTS OF THE CONTENDING PARTIES

31. Turning now to the consideration of the *factual complex* of the present case concerning *Jurisdictional Immunities of the State*, opposing Italy to Germany in so far as the counter-claim submitted to the Court is concerned, I shall at first consider and assess the 2008 Joint Declaration of Italy and Germany. Secondly, I shall review the arguments of the contending Parties on the counter-claim, focusing on: (a) the scope of the

<sup>19</sup> Cf. F. Salerno, "La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour Internationale de Justice", 103 *Revue générale de droit international public* (1999), pp. 371-374.

statuer dans le cadre d'une perspective beaucoup plus étroite sur la demande (initiale) de l'Allemagne portant sur l'immunité de l'Etat. La présente décision de la Cour a fait table rase des raisonnements antérieurs de celle-ci ainsi que de la doctrine juridique plus éclairée en la matière, qui s'est construite en l'espace de soixante-dix ans, selon laquelle les demandes reconventionnelles contribuent à la bonne administration de la justice et aident à assurer l'équilibre nécessaire entre les droits procéduraux des parties en litige.

30. En tout état de cause, étant donné que la majorité de la Cour a décidé sommairement de rejeter la demande reconventionnelle en la déclarant «irrecevable comme telle» — ce dont je me dissocie énergiquement —, elle aurait dû pour le moins s'informer comme il convient en tenant d'abord des audiences publiques dans le but d'obtenir des précisions supplémentaires des Parties. Elle n'aurait pas dû prendre la présente décision sans avoir au préalable entendu les Parties en audience publique, et ce pour les cinq raisons suivantes: *a*) premièrement, en vertu d'une prescription fondamentale découlant du principe de la bonne administration de la justice qui préside au droit procédural international; *b*) deuxièmement, parce que les demandes reconventionnelles sont *autonomes* d'un point de vue ontologique et devraient bénéficier du même traitement que les demandes principales qu'elles tendent à neutraliser (*supra*); *c*) troisièmement, l'examen simultané des demandes principales et des demandes reconventionnelles, qui devraient être en «connexité directe», exige un strict respect du principe du contradictoire<sup>19</sup>; *d*) quatrièmement, l'*égalité procédurale* entre les parties (demandeur et défendeur, dont les rôles s'inversent du fait de la demande reconventionnelle) ne peut être assurée que moyennant le strict respect du principe du contradictoire; et *e*) cinquièmement, mais non par ordre d'importance, les questions soulevées devant la Cour par la demande principale et la demande reconventionnelle sont trop importantes — et ce tant pour le règlement de la présente affaire que pour l'état actuel et futur du droit international — pour que la Cour puisse les traiter de la manière dont elle a procédé, en rejetant sommairement la demande reconventionnelle.

#### VI. L'ENSEMBLE FACTUEL COMPLEXE EN L'ESPÈCE ET LES ARGUMENTS DES PARTIES

31. Passant maintenant à l'examen de l'*ensemble factuel complexe* dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, opposant l'Italie et l'Allemagne pour ce qui est de la demande reconventionnelle, mon analyse portera d'abord sur la déclaration conjointe des Gouvernements italien et allemand de 2008. En deuxième lieu, j'examinerai les arguments des Parties concernant la demande reconventionnelle, en

<sup>19</sup> Cf. F. Salerno, «La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice», *Revue générale de droit international public*, vol. 103, 1999, p. 371-374.

dispute; (b) the substance of the dispute; and (c) the debate of the contending Parties on the notion of “continuing situation”.

*1. The 2008 Joint Declaration  
of Italy and Germany*

32. On 18 November 2008, Italy and Germany adopted a significant Joint Declaration at the memorial site “*La Risiera di San Sabba*” close to Trieste, included in the documentary Annexes of both contending Parties filed with this Court<sup>20</sup>. In that

“Italy and Germany share the ideals of reconciliation, solidarity and integration, which form the basis of the European construction that both countries have contributed to with conviction, will continue to contribute to and drive forward.

In this spirit of co-operation they also jointly address the painful experiences of the Second World War; together with Italy, Germany fully acknowledges the untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres and on former Italian military internees, and keeps alive the memory of these terrible events.

With this in mind, Deputy Chancellor and Federal Minister for Foreign Affairs Frank-Walter Steinmeier, accompanied by Foreign Minister Franco Frattini, visited the Risiera di San Sabba in what can be considered a gesture of great moral and humanitarian value to pay tribute to the Italian military internees who were kept in this transit camp before being deported to Germany, as well as to all the victims for whom this place stands.

Italy respects Germany’s decision to apply to the International Court of Justice for a ruling on the principle of State immunity. Italy, like Germany, is a State Party to the European Convention of 1957 for the Peaceful Settlement of Disputes and considers international law to be a guiding principle for its actions. Italy is thus of the view that the ICJ’s ruling on State immunity will help to clarify this complex issue”.

33. Italy and Germany have seen it fit, very significantly, to issue this Joint Declaration of 18 November 2008, near Trieste, to which I attach much importance. It is highly commendable of Germany and Italy to have honoured the memory of some of the victims, subjected to deportation and forced labour, in the Second World War. The past lies within us in the present, and we can hardly face the future if we overlook it. It is

<sup>20</sup> Annexes to the Memorial of the Federal Republic of Germany, Vol. I, of 12 June 2009, Annex 2; and Annexes to the Counter-Memorial of Italy, of 22 December 2009, Annex I.

me penchant sur: *a)* l'étendue du différend; *b)* le fond du différend; et *c)* la controverse entre les Parties sur la notion de «situation continue».

*1. La déclaration conjointe de 2008  
des Gouvernements italien et allemand*

32. Le 18 novembre 2008, l'Italie et l'Allemagne adoptèrent, sur le site du mémorial de la «Risiera di San Sabba», près de Trieste, une importante déclaration conjointe annexée aux pièces de procédure déposées par les deux Parties devant la Cour<sup>20</sup>. Aux termes de cette déclaration :

«L'Italie et l'Allemagne déclarent partager les idéaux de réconciliation, de solidarité et d'intégration qui forment la base de la construction européenne, à laquelle les deux Etats ont contribué avec conviction, à laquelle ils continueront de contribuer et dont ils ne cesseront de favoriser le développement.

C'est dans ce même esprit de coopération qu'ils entendent revenir ensemble sur les douloureuses expériences de la seconde guerre mondiale; se joignant à l'Italie, l'Allemagne prend pleinement et solennellement acte des souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens, et œuvre pour que soit conservée la mémoire de ces événements tragiques.

Dans cette optique, M. Frank-Walter Steinmeier, vice-chancelier et ministre fédéral des affaires étrangères, a, en un geste d'une grande portée morale et humanitaire, visité en compagnie de son homologue M. Franco Frattini la «Risiera di San Sabba», ce afin de rendre hommage aux internés militaires italiens qui furent détenus dans ce camp de transit avant d'être déportés en Allemagne ainsi qu'à toutes les victimes dont ce lieu vise à honorer la mémoire.

L'Italie 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 l'Allemagne, elle est partie à la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends et se laisse toujours guider dans son action par le droit international. L'Italie estime dès lors que pareille décision contribuera à faire la lumière sur cette question complexe.»

33. Il est particulièrement révélateur que l'Italie et l'Allemagne aient jugé opportun d'adopter le 18 novembre 2008, près de Trieste, cette déclaration conjointe à laquelle j'attache une importance considérable. Le fait que l'Allemagne et l'Italie aient honoré la mémoire de certaines des victimes de la déportation et du travail forcé au cours de la seconde guerre mondiale est particulièrement louable. Le passé vit en nous dans le présent.

<sup>20</sup> Mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), vol. I, annexe 2; et contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), annexe I.

hardly surprising that, in the history of human thinking, to live within the *passing of time* has, for centuries, proven to be one of the greatest enigmas of human existence (as acknowledged in the writings, e.g., of Plato, Aristotle, Augustine, Seneca, B. Pascal, I. Kant, H. Bergson, P. Ricoeur, among others).

34. The triggering point of the present case opposing the two contending Parties lies in the two 1961 Agreements between Germany and Italy (respectively, the Agreement on the Settlement of Certain Property-Related, Economic and Financial Questions, and the Agreement on Indemnity in Favour of Italian Nationals Affected by National-Socialist Measures of Persecution). This point should not be taken as a blindfold, so as to prevent or avoid the Court looking into the past, into one of the darkest periods in contemporary history. Not at all. The past is ineluctably within each one of us. By their Joint Declaration of 18 November 2008, Italy and Germany have clearly demonstrated that they both remain prepared to look into the past, and to honour the memory of those victimized by human cruelty, by the horrors of the Third Reich. From much less than a Joint Declaration of the kind, legal consequences have been extracted, that States have felt themselves bound to bear<sup>21</sup>. Facing the past renders the present understandable and bearable, and the future viable, if not promising.

35. The weight of grave injustice does not dissipate nor lighten with the passing of time; instead, it becomes heavier and more unbearable. To live well within time, one has to reckon, and abide by, the imperatives of justice. Great injustices, atrocities, grave violations of human rights and international humanitarian law, do not fade away. They can hardly be forgotten. Even if one meets with forgiveness, this latter is not a synonym of forgetfulness<sup>22</sup>. However overlooked it has been by historians to date, forced labour in the Second World War<sup>23</sup> is alive not only in the memory of the surviving victims in our days, but also in collective or inter-

<sup>21</sup> Such is the case of certain unilateral acts of States in international law; cf., e.g., Erik Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 44, and cf. pp. 1-290; G. Venturini, "La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats", 112 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1964), pp. 387-388, 391 and 400-401; A. Miaja de la Muela, "Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales", 20 *Revista Española de Derecho Internacional* (1967), pp. 456-459.

<sup>22</sup> On this specific point, cf. A. A. Cançado Trindade, "Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Conciencia Jurídica Universal", 8 *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario de Bogotá (2006), pp. 15-36.

<sup>23</sup> Cf., generally, as to the Second World War, e.g., W. Gruner, *Jewish Forced Labour under the Nazis*, Cambridge University Press, 2008, pp. 3-295; C. R. Browning, *Politique nazie, travailleurs juifs, bourreaux allemands*, Paris, Ed. Tallandier, 2009, pp. 11-267. And cf. generally, as to the First World War, e.g., F. Passelécq, *Déportation et travail forcé des ouvriers et de la population civile de la Belgique occupée (1916-1918)*, Paris/New Haven, P.U.F./Yale University Press, 1928, pp. 1-404; [Various Authors], *Captivity, Forced*

En négligeant le passé, nous ne pourrions point affronter l'avenir. Il n'est guère surprenant que, tout au long de l'histoire de la pensée humaine, la vie dans le *temps qui passe* se soit révélée, au cours des siècles, l'une des plus grandes énigmes de l'existence humaine (comme cela a été reconnu, par exemple, dans les œuvres de Platon, Aristote, saint Augustin, Sénèque, B. Pascal, E. Kant, H. Bergson ou P. Ricœur, entre autres).

34. Le point de départ du présent différend opposant les deux Parties réside dans les deux accords de 1961 entre l'Allemagne et l'Italie (à savoir, respectivement, le traité portant règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier et le traité relatif à l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste). Or il ne s'ensuit pas que la Cour soit de ce fait empêchée de tourner son regard vers le passé, vers l'une des périodes les plus sombres de l'histoire contemporaine. Il n'en est rien. Le passé vit inévitablement en chacun de nous. Par leur déclaration conjointe du 18 novembre 2008, l'Italie et l'Allemagne ont clairement démontré qu'elles restaient toutes deux disposées à tourner leur regard vers le passé et à honorer la mémoire de ceux qui furent victimes de la cruauté humaine, des horreurs du III<sup>e</sup> Reich. Il a fallu bien moins qu'une déclaration conjointe de ce type pour que fussent tirées des conséquences juridiques que les Etats se sont estimés obligés de supporter<sup>21</sup>. C'est en affrontant le passé que l'on peut comprendre et assumer le présent et que l'avenir devient viable et même prometteur.

35. L'écoulement du temps ne supprime ni n'allège le poids des injustices graves, qui devient au contraire plus accablant et impossible à supporter. Pour bien vivre dans le temps, on doit tenir compte des impératifs de la justice et les respecter. Les grandes injustices, les atrocités et les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne s'effacent pas. Elles ne sauraient être oubliées. Même si le pardon est accordé, il n'est pas synonyme d'oubli<sup>22</sup>. Quelque négligé par les historiens qu'ait pu être jusqu'à présent le travail forcé pendant la seconde guerre mondiale<sup>23</sup>, il reste vivant non seulement dans la mémoire des victimes

<sup>21</sup> Comme c'est le cas pour certains actes unilatéraux des Etats au niveau international : cf. par exemple Erik Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, p. 44, et cf. p. 1-290; G. Venturini, « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 112, 1964, p. 387-388, 391 et 400-401; A. Miaja de la Muela, « Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 20, 1967, p. 456-459.

<sup>22</sup> Sur ce point précis, cf. A. A. Cançado Trindade, « Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Conciencia Jurídica Universal », *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 8, Universidad del Rosario de Bogotá, vol. 8, 2006, p. 15-36.

<sup>23</sup> Cf. généralement, pour ce qui est de la seconde guerre mondiale, par exemple W. Gruner, *Jewish Forced Labour under the Nazis*, Cambridge University Press, 2008, p. 3-295; C. R. Browning, *Politique nazie, travailleurs juifs, bourreaux allemands*, Paris, Tallandier, 2009, p. 11-267. Et cf. généralement, pour ce qui est de la première guerre mondiale, par exemple F. Passelecq, *Déportation et travail forcé des ouvriers et de la population civile de la Belgique occupée (1916-1918)*, Paris/New Haven, PUF/Yale



generational human memory, in human conscience, and the present case before this World Court bears witness of that.

## 2. *The Parties' Arguments on the Counter-Claim*

### (a) *The scope of the dispute*

36. It is beyond the purposes of the present dissenting opinion to examine all the arguments of the contending Parties on the *cas d'espèce*, as developed by them in the Memorial and Counter-Memorial. Instead, at the present stage of consideration of the present case, I shall concentrate the examination that follows on the Parties' arguments specifically devoted to the counter-claim, which forms the object of the present Order of the Court. Yet, a brief preliminary remark is called for, concerning the distinct understanding of the contending Parties as to the "real scope" of their dispute.

37. In fact, Germany attributes to it a narrower, and Italy a broader, scope. Germany describes the dispute, in its Memorial, as one relating to a judgment rendered (on 11 March 2004) by Italy's *Corte di Cassazione* in the case *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, whereby that Italian Court allegedly breached violating its rights by denying it immunity in proceedings instituted by Italian citizens who had been subjected to forced labour in the armaments industries on German territory from 1943 to 1945. While Germany recognizes that the Third Reich's action towards the so-called "military internees"<sup>24</sup> was unlawful and criminal, it is of the opinion that such past atrocities do not justify the breach of the immunity that States enjoy under general international law.

38. To that, Germany adds that war reparations are to be agreed upon on the international level, and, more precisely, on an "inter-State level"<sup>25</sup>, as they have in fact been, through three international agreements, namely: (a) the Peace Agreement that Italy celebrated with the Allied Powers in 1947; (b) the 1961 Treaty on the Settlement of Certain Property-Related, Economic and Financial Questions between Germany and Italy; and (c) the 1961 Treaty on Indemnity in Favour of Italian Nationals Subjected

---

*Labour and Forced Migration in Europe during the First World War* (M. Stibbe, ed.), London/N.Y., Routledge, 2009, pp. 1-81.

<sup>24</sup> As Germany points out, there are actually three categories of claimants, namely: (a) civilians abducted in Italy and taken to Germany to perform forced labour; (b) prisoners of war of Italian nationality who were factually deprived of their status under the Hague Conventions and then subjected to forced labour (the "military internees", whom the Parties frequently refer to); and (c) victims of massacres perpetrated by German officials. Cf. Memorial of the Federal Republic of Germany, of 12 June 2009, pp. 12-13, para. 13.

<sup>25</sup> Cf. *ibid.*, pp. 9-12, paras. 10-12.

encore survivantes, mais également dans la mémoire collective ou intergénérationnelle de l'humanité, dans la conscience humaine, ce dont témoigne la présente affaire introduite devant la Cour internationale de Justice.

## 2. *Les arguments des Parties concernant la demande reconventionnelle*

### a) *L'étendue du différend*

36. Un examen de tous les arguments des Parties concernant la présente espèce, tels qu'ils ont été développés par elles dans le mémoire et dans le contre-mémoire, irait au-delà des objectifs de la présente opinion dissidente. Au stade actuel de l'affaire, l'analyse ci-après portera plutôt sur les arguments que les Parties ont spécialement consacrés à la demande reconventionnelle faisant l'objet de la présente ordonnance de la Cour. Une brève remarque préliminaire s'impose néanmoins au sujet des vues divergentes des Parties quant à l'«étendue réelle» de leur différend.

37. En effet, l'Allemagne considère que le champ du différend est plus étroit, tandis que l'Italie l'estime plus vaste. Comme l'Allemagne l'indique dans son mémoire, le différend aurait pour objet un arrêt rendu (le 11 mars 2004) par la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, par lequel cette juridiction italienne aurait porté atteinte à ses droits en écartant son immunité dans une procédure engagée par des ressortissants italiens qui furent astreints au travail forcé dans l'industrie de l'armement en territoire allemand entre 1943 et 1945. Tout en reconnaissant que les actes commis par le III<sup>e</sup> Reich à l'encontre des «internés militaires»<sup>24</sup> étaient illicites et criminels, l'Allemagne estime néanmoins que ces atrocités perpétrées dans le passé ne justifient pas qu'il soit porté atteinte à l'immunité dont les Etats jouissent en vertu du droit international général.

38. L'Allemagne ajoute que les réparations de guerre doivent être convenues au niveau international et, plus précisément, au «niveau inter-étatique»<sup>25</sup>, comme elles l'ont effectivement été au moyen de trois accords internationaux, à savoir *a*) le traité de paix que l'Italie a conclu avec les Puissances alliées en 1947, *b*) le traité de 1961 portant règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier entre l'Allemagne et l'Italie, et *c*) le traité de 1961 relatif à l'indemnisation des

University Press, 1928, p. 1-404; *Captivity, Forced Labour and Forced Migration in Europe during the First World War* (ouvrage collectif, M. Stibbe, dir. publ.), Londres/New York, Routledge, 2009, p. 1-81.

<sup>24</sup> Comme le relève l'Allemagne, il existe en réalité trois catégories de demandeurs, à savoir: *a*) les civils capturés en Italie et transportés en Allemagne pour y être astreints au travail forcé; *b*) les prisonniers de guerre de nationalité italienne qui se virent de fait privés du statut que leur garantissent les conventions de La Haye et furent ensuite astreints au travail forcé (les «internés militaires», auxquels les Parties se réfèrent souvent); et *c*) les victimes des massacres perpétrés par des agents allemands. Cf. mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), p. 12-13, par. 13.

<sup>25</sup> Cf. *ibid.*, p. 9-12, par. 10-12.

to National-Socialist Measures of Prosecution, also between Germany and Italy. Accordingly, in Germany's view, the scope of the present dispute is limited to the aforementioned denial of its immunity.

39. On its part, Italy invites the ICJ to identify the "real cause of the dispute" not in the judgment of its *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case (2004), but rather in "the issue of reparation owed by Germany to the Italian victims of the crimes committed by Nazi authorities"<sup>26</sup>. Italy contends that Germany has failed to provide Italian "military internees" with the appropriate compensation, by *inter alia* excluding them from reparation schemes established under German law<sup>27</sup> (cf. *infra*). Accordingly, Italy submits that for the purposes of determining the "real cause of the dispute", its courts' decisions with regard to the issue of the immunity of the German State "have to be regarded as being a consequence of the legal and factual situation created by Germany's refusal to compensate Italian victims"<sup>28</sup>. It is on the basis of this broader view of the scope of the present dispute that Italy introduced a counter-claim.

40. As to the "direct connection" requirement for the interposition of counter-claims (cf. *supra*), Italy advances the view that there is a manifest connection between the facts and the law that it referred to, to the effect of responding to Germany's claim, and the facts and the law that substantiate the present counter-claim. Italy argues that "a State responsible for violations of fundamental rules is not entitled to immunity" if this would exonerate it from "bearing the consequences of its unlawful conduct"; in order to analyse this defence to Germany's original claim, it submits that the Court will have to deal with "many of the same factual and legal issues" that serve as a basis for the counter-claim<sup>29</sup>.

41. On this point, Italy concludes with two remarks. First, it points out that the fact that the counter-claim widens the object of the dispute in no way affects its admissibility, as confirmed by the Court in its Order in the case of the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case (1997, *supra*)<sup>30</sup>. And secondly, Italy asserts that, Germany having been "well aware of the strict link existing in the present case between immunity and reparation", it is undeniable that the reparation issue is part of the "complex issue" to which the Joint Declaration adopted by the Parties in 2008 alludes<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), p. 35, para. 3.11.

<sup>27</sup> Cf. *ibid.*, pp. 16-18, paras. 2.9-2.19.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 36, para. 3.11.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 130, para. 7.6.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 130, para. 7.7.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 130-131, para. 7.8.

ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste, également conclu entre l'Allemagne et l'Italie. En conséquence, d'après l'Allemagne, l'étendue du présent différend se limiterait au refus susmentionné de son immunité.

39. L'Italie invite de son côté la CIJ à rechercher la «cause réelle du différend» non pas dans l'arrêt rendu par sa *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Ferrini* (2004), mais plutôt dans «la question de la réparation due par l'Allemagne aux victimes italiennes des crimes commis par les autorités nazies»<sup>26</sup>. L'Italie soutient que l'Allemagne n'a pas accordé une réparation appropriée aux «internés militaires» italiens, en les excluant entre autres des régimes de réparation institués en vertu de la législation allemande<sup>27</sup> (cf. *infra*). L'Italie affirme en conséquence que, pour déterminer la «cause réelle du différend», les décisions rendues par ses juridictions 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»<sup>28</sup>. C'est en partant de cette vision plus large de l'étendue du présent différend que l'Italie a présenté une demande reconventionnelle.

40. Pour ce qui est de la condition de la «connexité directe» à laquelle est subordonnée la présentation de demandes reconventionnelles (cf. *supra*), l'Italie fait valoir qu'il existe manifestement une connexité directe entre les faits et le droit sur lesquels elle se fonde pour contrer la demande de l'Allemagne et entre les faits et le droit sur lesquels repose sa demande reconventionnelle. L'Italie soutient qu'«un Etat qui viole des règles fondamentales n'est pas habilité à invoquer l'immunité» si cela aurait pour effet de le «soustraire aux conséquences juridiques de son comportement illicite»; elle affirme que, lorsque la Cour examinera ce moyen de défense concernant la demande initiale de l'Allemagne, elle devra se pencher sur «bon nombre des questions factuelles et juridiques» sur lesquelles est basée sa demande reconventionnelle<sup>29</sup>.

41. L'Italie conclut sur ce point par deux observations. Elle relève d'abord que le fait que la demande reconventionnelle élargit l'objet du différend n'a pas d'incidence sur sa recevabilité, comme cela a été confirmé par la Cour dans son ordonnance rendue en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1997, *supra*)<sup>30</sup>. Elle affirme en deuxième lieu que, étant donné que l'Allemagne était «tout à fait consciente du lien étroit existant entre immunité et réparations en la présente affaire», la question de la réparation fait incontestablement partie de la «question complexe» à laquelle renvoie la déclaration conjointe adoptée par les Parties en 2008<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 35, par. 3.11.

<sup>27</sup> Cf. *ibid.*, p. 16-18, par. 2.9-2.19.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 36, par. 3.11.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 130, par. 7.6.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 130, par. 7.7.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 130-131, par. 7.8.

42. On its turn, Germany “deliberately refrains” from taking a stance on “the inter-relatedness of the claim brought by it against the Respondent and the counter-claim”, although it does indicate that there is, in its view, “a significant disparity” between both claims<sup>32</sup>. First, as to the lack it sustains of direct connection in law, whereas its own claim refers to the judicial practice of Italian courts in denying immunity of jurisdiction, Italy’s counter-claim relates to violations of international law committed by German troops during the Second World War. And second, in so far as the alleged lack of direct connection in facts is concerned, the events Germany wishes the Court to rule upon have taken place from 2004 onwards, while those Italy wants the Court to examine took place in 1943-1945. Germany takes the position, however, that the direct connection issue is not relevant for the Court’s decision on admissibility of the counter-claim, since “the lack of jurisdiction *ratione temporis* as well as *ratione materiae* is evident”<sup>33</sup>.

(b) *The substance of the dispute*

43. In the last chapter of its Counter-Memorial<sup>34</sup>, Italy introduces a counter-claim whereby it asks the ICJ to adjudge and declare that

“Germany has violated its obligation of reparation owed to Italian victims of the crimes committed by Nazi Germany during the Second World War and that, accordingly, Germany must cease its wrongful conduct and offer effective and appropriate reparation to these victims”<sup>35</sup>.

Italy then concentrates on the prerequisites of admissibility of counter-claims, under Article 80 of the Rules of Court (cf. *supra*). It begins by arguing that “the dispute on immunity brought by Germany and the dispute on reparation brought by Italy originate out of the same facts”<sup>36</sup>.

44. Its counter-claim, in its view, thus shares with the original claim the same jurisdictional ground. In particular, Italy sustains that the Court has jurisdiction *ratione temporis* in the present case, because the events that constitute the “real cause of the dispute” — i.e., “the reparation regime established by the two 1961 Agreements between Germany and Italy” and the exclusion of Italian victims from the reparation

<sup>32</sup> Preliminary Objections of Germany regarding Italy’s Counter-Claim (10 March 2010), p. 4, para. 3.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 4, para. 3.

<sup>34</sup> Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), pp. 128-133, paras. 7.1-7.14.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 128, para. 7.2.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 129, para. 7.4.

42. De son côté, l'Allemagne «s'abstient délibérément» de prendre position sur «la question de la connexité entre la demande qu'elle a formulée contre le défendeur et la demande reconventionnelle de celui-ci», tout en indiquant qu'elles sont, à son avis, «très différentes»<sup>32</sup>. Premièrement, pour ce qui est de l'absence de connexité directe en droit alléguée par l'Allemagne, alors même que sa propre demande se réfère à la pratique de juridictions italiennes refusant l'immunité de juridiction, la demande reconventionnelle de l'Italie porte sur des violations du droit international commises par les troupes allemandes au cours de la seconde guerre mondiale. Deuxièmement, pour ce qui est de l'absence alléguée de connexité directe en fait, les événements au sujet desquels l'Allemagne invite la Cour à se prononcer sont survenus depuis 2004, tandis que ceux que l'Italie souhaite soumettre à l'examen de la Cour ont eu lieu entre 1943 et 1945. L'Allemagne déclare néanmoins que, à son avis, la question de la connexité directe n'est pas pertinente aux fins de la décision de la Cour sur la recevabilité de la demande reconventionnelle, puisqu'«[i]l est ... évident que la Cour n'a compétence ni *ratione temporis* ni *ratione materiae*»<sup>33</sup>.

b) *Le fond du différend*

43. Dans le dernier chapitre de son contre-mémoire<sup>34</sup>, l'Italie présente une demande reconventionnelle par laquelle elle prie la CIJ 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»<sup>35</sup>.

L'Italie se penche ensuite sur les conditions de recevabilité des demandes reconventionnelles en vertu de l'article 80 du Règlement de la Cour (cf. *supra*). Elle soutient d'abord que «le différend concernant l'immunité soumis par l'Allemagne et celui concernant les réparations soumis par l'Italie découlent des mêmes faits»<sup>36</sup>.

44. Elle estime donc que sa demande reconventionnelle et la demande originaire sont basées sur le même titre de compétence. L'Italie soutient en particulier que la Cour est compétente *ratione temporis* en l'espèce parce que les événements qui constituent la «cause réelle du différend» — c'est-à-dire «le régime de réparation institué par les deux accords conclus entre l'Allemagne et l'Italie en 1961» et l'exclusion des victimes

<sup>32</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne relatives à la demande reconventionnelle de l'Italie (10 mars 2010), p. 3, par. 3.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 4, par. 3.

<sup>34</sup> Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 128-133, par. 7.1 à 7.14.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 128, par. 7.2.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 129, par. 7.4.

scheme instituted by the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future” set up in 2000 — took place after the entry into force of the 1957 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes<sup>37</sup> (which provides the jurisdictional basis for the adjudication of the present case).

45. Italy considers the “more recent decisions of German authorities regarding the claims of reparation put forward” by Italian victims (especially under the auspices of the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation in 2000<sup>38</sup>) to be additional “new situations” to the end of establishing jurisdiction *ratione temporis* over the present counter-claim. Since such decisions were taken upon the view that “individuals who are victims of grave violations of international humanitarian law would not be entitled to an individual right of reparation because the issue of reparation in such cases has to be dealt with exclusively at the inter-State level”, they would constitute an autonomous source of the Parties’ dispute in relation to the issue of reparations<sup>39</sup>.

46. Furthermore, Italy states that it “disagrees with Germany about the scope of the waiver clauses” contained in the two Agreements of 1961<sup>40</sup>. Accordingly, Italy denies that the “real cause of the dispute” would lie in the atrocities committed by Nazi Germany during the Second World War (between 1943 and 1945), as the contending Parties are already “in clear agreement concerning the occurrence and the legal qualification of facts which gave rise to the claims of reparation”, namely, the “grave violations of international humanitarian law committed by Nazi Germany”<sup>41</sup>.

47. The reason why the dispute does not originate in the 1947 Peace Treaty either (although Article 77, paragraph 4, of which, containing the waiver clause, calls for interpretation), is that, by celebrating the two 1961 Treaties (*cit. supra*), Germany allegedly renounced to invoke the waiver clause of Article 77, paragraph 4, of the former Peace Treaty, thus giving rise to a “new situation” between the Parties with regard to “the issue of reparation”<sup>42</sup>. For these reasons, Italy concludes that the dispute can only arise from the interpretation of the two 1961 Treaties. In its own words,

“( . . . ) [T]he Court has jurisdiction to deal with the dispute on immunity brought by Germany as well as with the dispute on reparation brought by Italy. There is no relevant temporal limitation on the Court’s jurisdiction since both disputes relate to facts and situa-

<sup>37</sup> Cf. Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), p. 129, para. 7.4, and cf. also pp. 33-37, paras. 3.6-3.13.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 38 and 40, paras. 3.16 and 3.19.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 40, para. 3.19.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 39, para. 3.17.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 37-38, para. 3.15.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 39, para. 3.18.

italiennes du régime de réparation mis en place par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» créée en 2000 — sont survenus postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends<sup>37</sup> (sur laquelle se fonde la compétence de la Cour en l'espèce).

45. L'Italie estime que les «décisions plus récentes des autorités allemandes concernant les demandes d'indemnisation présentées» par les victimes italiennes (en particulier sous les auspices de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» en 2000<sup>38</sup>) constituent autant de «situations nouvelles» aux fins de l'établissement de la compétence *ratione temporis* à l'égard de la présente demande reconventionnelle. Etant donné que ces décisions ont été prises en partant de l'idée que «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 interétatique», elles constitueraient une source autonome du différend entre les Parties portant sur la question des réparations<sup>39</sup>.

46. L'Italie déclare également qu'elle «ne partage pas l'avis de l'Allemagne au sujet de la portée des clauses de renonciation» figurant dans les deux accords de 1961<sup>40</sup>. Elle nie donc que la «cause réelle du différend» réside dans les atrocités perpétrées par l'Allemagne nazie au cours de la seconde guerre mondiale (entre 1943 et 1945), puisque les Parties «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», à savoir les «violations graves du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie»<sup>41</sup>.

47. La raison pour laquelle le différend ne découlerait pas non plus du traité de paix de 1947 (quoique le paragraphe 4 de son article 77, qui contient la clause de renonciation, nécessite une interprétation) tiendrait au fait que, en concluant les deux accords de 1961 (cités *supra*), l'Allemagne aurait renoncé à se prévaloir de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 dudit traité de paix, créant ainsi une «situation nouvelle» entre les Parties en ce qui concerne la «question de la réparation»<sup>42</sup>. Au vu de cela, l'Italie conclut que le différend ne peut découler que de l'interprétation des deux accords de 1961. Elle déclare notamment :

«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

<sup>37</sup> Cf. Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 129, par. 7.4, et cf. également p. 33-37, par. 3.6-3.13.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 38 et 40, par. 3.16 et 3.19.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 40, par. 3.19.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 39, par. 3.17.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 37-38, par. 3.15.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 39, par. 3.18.



tions — the conclusion of the 1961 Compensation Agreements between Italy and Germany and Germany’s refusal to address the claims for reparation by IMIs — which took place after the entry into force of the European Convention as between the parties to the disputes.”<sup>43</sup>

48. On its part, in its “preliminary objections” to Italy’s counter-claim, Germany argues that the Court has neither jurisdiction *ratione materiae*, nor jurisdiction *ratione temporis*, to entertain it. In its view, neither its declaration of 30 April 2008 (accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ)<sup>44</sup>, nor the German-Italian Joint Declaration of 18 November 2008 (reproduced *supra*) could have had the effect of expressing its consent on the exercise of jurisdiction by the Court over the Italian counter-claim<sup>45</sup>. Germany expresses the view that the temporal criterion established by Article 27 of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes<sup>46</sup> pertains not to the date the dispute arises, but instead to the date of “the facts or situations that entailed the dispute”<sup>47</sup>. These facts and situations — Germany adds — are “the unlawful acts and activities committed by Germany by the German forces and other authorities during the 20 months when Italy was placed under occupation and Italian armed forces were treated as enemy forces”<sup>48</sup>.

49. As to Italy’s contention that the dispute arises from the interpretation of the waiver clauses of the two 1961 Agreements, Germany sees the two 1961 Agreements as a “gesture of good will”, as “steps in a process of inner-European normalization, intended to consolidate even further the good partnership between Germany and Italy”<sup>49</sup>; Germany denies to have been required by international law to celebrate the 1961 Agreements, which, it adjoins, “were validly concluded” and “do not negatively

<sup>43</sup> Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), pp. 40-41, para. 3.20.

<sup>44</sup> Preliminary Objections of Germany . . . , *op. cit. supra* note 32, pp. 4-5, paras. 5-6. Germany points out that the declaration accepting the compulsory jurisdiction of the ICJ applies only to disputes arising after the date of its issuing, and, in any case, excludes disputes relating to the activity of armed forces abroad.

<sup>45</sup> As to the 2008 Joint Declaration, Germany points out that it consists of a “political document” issued for the purpose of reassuring the international community that the institution of proceedings against Italy did not adversely affect the good relations between the Parties. Moreover, the declaration mentions the European Convention of 1957 is seen by Germany as proof that the Parties agreed that the Convention “was the only legal foundation of the forthcoming proceedings before the Court”; cf. *ibid.*, p. 9, para. 12.

<sup>46</sup> Article 27: “The provisions of this Convention shall not apply to: (. . .) 1. disputes relating to facts or situations prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the dispute. (. . .)”.

<sup>47</sup> Preliminary Objections of Germany (. . .), *op. cit. supra* note 32, pp. 9-10, para. 14.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 10, para. 15.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 20-21, paras. 32-33.

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.»<sup>43</sup>

48. Dans ses «observations écrites» relatives à la demande reconventionnelle de l'Italie, l'Allemagne soutient pour sa part que la Cour n'est compétente ni *ratione materiae* ni *ratione temporis* pour connaître de ladite demande reconventionnelle. A son avis, ni sa déclaration du 30 avril 2008 (par laquelle elle accepte la juridiction obligatoire de la CIJ)<sup>44</sup> ni la déclaration conjointe des Gouvernements allemand et italien du 18 novembre 2008 (dont le texte a été reproduit ci-dessus) n'auraient pu avoir pour effet d'exprimer son consentement en vue de l'exercice par la Cour de sa compétence à l'égard de la demande reconventionnelle de l'Italie<sup>45</sup>. L'Allemagne fait valoir que le critère temporel énoncé à l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends<sup>46</sup> ne viserait pas la date à laquelle le différend s'est élevé, mais la date des «faits ou situations dont a résulté le différend»<sup>47</sup>. Ces faits et situations, ajoute l'Allemagne, sont les «actes et activités illicites commis par les forces et autres autorités allemandes pendant les vingt mois au cours desquels [l'Italie] a été placée sous occupation, et ses forces armées traitées en tant que forces ennemies»<sup>48</sup>.

49. Quant à l'affirmation de l'Italie selon laquelle le différend découlerait de l'interprétation des clauses de renonciation figurant dans les deux accords de 1961, l'Allemagne considère ces deux accords comme un «geste de bonne volonté», comme «des étapes d'un processus de normalisation intra-européenne et [qui] avaient pour objet de consolider le partenariat entre l'Allemagne et l'Italie»<sup>49</sup>. L'Allemagne nie avoir été tenue, en vertu du droit international, de conclure les accords de 1961, qui,

<sup>43</sup> Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 40-41, par. 3.20.

<sup>44</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 4-5, par. 5-6. L'Allemagne relève que la déclaration portant acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ ne s'applique qu'aux différends nés après la date de la signature de ladite déclaration et, en tout état de cause, exclut les différends liés à l'activité des forces armées à l'étranger.

<sup>45</sup> Pour ce qui est de la déclaration conjointe de 2008, l'Allemagne fait observer qu'elle constituerait un «document de nature politique» visant à rassurer la communauté internationale sur le fait que l'introduction de l'instance contre l'Italie ne nuirait en rien aux bonnes relations entre les Parties. De surcroît, la déclaration indique que la convention européenne de 1957 est considérée par l'Allemagne comme une preuve du fait que les Parties partageaient l'avis selon lequel la convention «était le seul fondement juridique de l'instance à venir devant la Cour»: cf. *ibid.*, p. 9, par. 12.

<sup>46</sup> Art. 27: «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...»

<sup>47</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 9-10, par. 14.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 10, par. 15.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 20-21, par. 32-33.

affect Italian rights”<sup>50</sup>. Moreover — Germany adds — Italy has never mentioned “alleged defect, inconsistency or other failure of the two 1961 Agreements”, so that there is “simply no dispute about the relevance of the Treaties with regard to the counter-claim”<sup>51</sup>.

50. Lastly, Germany briefly dismisses Italy’s argument that the exclusion of Italian victims from the reparation scheme of the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future” (2000) constitutes a new source of dispute. It points out that Italy admitted, in its Counter-Memorial, that “the enactment of the law was not dictated by an existing obligation under international law between two countries”<sup>52</sup>; accordingly, it submits that the events related to the enactment and execution of the statute are not relevant to the present case.

51. In turn, in its “Observations on the Preliminary Objections” of Germany, Italy reiterates that Germany has failed to distinguish between the “source of the rights alleged to have been breached” and the “[real] source of the dispute” that the Court is being called to adjudicate upon. Although the source of the rights to receive reparation lies on grave violations of international humanitarian law committed during the Second World War, it submits that the dispute in reality concerns the interpretation of the two 1961 Agreements, thus falling within the jurisdiction *ratione temporis* of the Court. According to Italy, what the Court is asked to decide is: (a) “whether or not Italy, by concluding the two 1961 Settlement Agreements, waived all its claims for reparation, including the claims relating to the grave violations of international humanitarian law committed by the German Reich during the Second World War”; and (b) “whether Germany, by refusing to address the claims for reparation submitted to it after the establishment in 2000 of the ‘Remembrance, Responsibility and Future’ Foundation, failed to comply with its obligations concerning reparation for the Italian victims of the crimes committed by the German Reich, and if so, what the legal consequences arising from such wrongful conduct are”<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Preliminary Objections of Germany . . . , *op. cit. supra* note 32, p. 21, para. 33.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 21-22, paras. 34-35.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 23, para. 37.

<sup>53</sup> Observations of Italy on the Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany regarding Italy’s Counter-Claim, 18 May 2010, pp. 7 and 9-10, paras. 14 and 21. In its own words:

“The dispute submitted by Italy has substantially a twofold object. First, there is the disputed question of the existence, at the time when, in the 2000s, the present dispute was triggered, of a right of reparation in favour of Italy. In this respect, what the Court has to decide is essentially whether or not Italy, by concluding the two 1961 Settlement Agreements, waived all its claims for reparation, including the claims relating to the grave violations of international humanitarian law committed by the

ajoute-t-elle, «ont été conclus en bonne et due forme» et «n'ont aucune incidence néfaste sur les droits italiens»<sup>50</sup>. En outre, d'après l'Allemagne, l'Italie n'a jamais «fait ... mention d'une quelconque irrégularité, incohérence ou autre carence qui entacherait les deux accords de 1961» et, par tant, il «n'existe tout simplement aucun différend concernant la pertinence des traités vis-à-vis de la demande reconventionnelle»<sup>51</sup>.

50. Enfin, l'Allemagne conteste sommairement l'argument de l'Italie selon lequel l'exclusion des victimes italiennes du régime de réparation de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000) constituerait une nouvelle source de différend. Elle relève que l'Italie a reconnu, dans son contre-mémoire, que «la promulgation de cette loi n'a[va]it pas été dictée par une obligation de droit international existant entre les deux pays»<sup>52</sup>. L'Allemagne soutient en conséquence que les événements liés à la mise en vigueur et à l'application de la loi seraient dénués de pertinence aux fins de la présente espèce.

51. De son côté, l'Italie affirme de nouveau, dans ses «observations sur les observations écrites» de l'Allemagne, que cette dernière n'aurait pas distingué entre la «source des droits dont la violation est alléguée» et la «source [réelle] du différend» que la Cour est appelée à trancher. Bien que la source des droits à réparation réside dans les violations graves du droit international humanitaire commises au cours de la seconde guerre mondiale, l'Italie soutient que le différend porterait en réalité sur l'interprétation des deux accords de 1961 et relèverait dès lors de la compétence *ratione temporis* de la Cour. D'après l'Italie, la Cour est invitée à se prononcer sur les questions de savoir: a) «si, en concluant les deux accords de 1961, l'Italie a renoncé à toutes ses réclamations en matière de réparation, y compris celles ayant trait aux violations graves du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale» et b) «si, en refusant d'examiner les demandes de réparation qui lui ont été soumises après la création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» en 2000, l'Allemagne a manqué à ses obligations de réparation à l'égard des victimes italiennes des crimes commis par le Reich allemand et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques découlant de ce comportement illicite»<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 21, par. 33.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 21-22, par. 34-35.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 23, par. 37.

<sup>53</sup> Observations écrites de l'Italie sur les observations écrites de l'Allemagne relatives à la demande reconventionnelle de l'Italie (18 mai 2010), p. 7 et 9-10, par. 14 et 21. Comme il y est affirmé:

«L'objet du différend soulevé par l'Italie est double quant à sa substance. Premièrement, il porte sur la question litigieuse de l'existence, à l'époque de la naissance du présent différend, au cours des années 2000, d'un droit à réparation en faveur de l'Italie. A cet égard, la Cour doit essentiellement statuer sur la question de savoir si, en concluant les deux accords de 1961, l'Italie a renoncé à toutes ses réclamations en matière de réparation, y compris à celles ayant trait aux violations graves du droit

52. Seeking to demonstrate that there is indeed a dispute between the Parties as to how the two 1961 Agreements are to be interpreted, Italy refers to some of the questions the Court will have to address if it decides to entertain the counter-claim. It notes that the two 1961 Agreements have threefold implications, in the sense that Germany is said to have: (a) “waived what it considered to be its right to avail itself of the Italian waiver of all claims” under the 1947 Peace Treaty; (b) recognized that “an obligation of reparation towards Italy existed (. . .) opening the way for a process of reparations”; and (c) “made it clear that [the two 1961 Agreements] did not exhaust the range of reparations which could be provided to Italian victims, by explicitly recognizing that other avenues remained available (or would become available) under German legislation”<sup>54</sup>.

53. In order to substantiate the argument that the two 1961 Agreements created a “radically new situation” so that Germany became precluded from resorting to the waiver clause of the 1947 Peace Treaty, Italy refers to the text of Article 3 of the Indemnity Treaty [the second 1961 Agreement] (which suggests that the agreements are without prejudice to claims not falling within their specific subject-matter) and to an “exchange of letters” that took place at the time of the Agreements’ celebration<sup>55</sup>. Italy maintains that the 1961 Agreements could not have solved the reparations issue as suggested by Germany, pointing to the practice of several States that denied that, waiver clauses similar to those of the two 1961 Agreements, could have the effect of closing the debate on reparations<sup>56</sup>.

54. Italy further objects to Germany’s position that the two 1961

---

German Reich during World War II. Secondly, and strictly linked to the first issue, there is the question of whether Germany, by refusing to address the claims for reparation submitted to it after the establishment in 2000 of the ‘Remembrance, Responsibility and Future’ Foundation, failed to comply with its obligations concerning reparation for the Italian victims of the crimes committed by the German Reich, and if so, what the legal consequences arising from such wrongful conduct are. Taking into account the subject-matter of the present dispute as here defined, it is clear that the facts or situations to which regard must be had for the purposes of applying the temporal limitation clause set forth in Article 27 (a) [of the 1957 European Convention] are not the occurrences of World War II. The dispute submitted by Italy is one with regard to a certain situation — the reparation regime established by the two 1961 Settlement Agreements — and with regard to certain facts, the events following the establishment of the ‘Remembrance, Responsibility and Future’ Foundation. These facts and situation, and not the occurrences during World War II, constitute the source or real cause of the dispute on reparation.” (Para. 21.)

<sup>54</sup> Observations of Italy . . . , *op. cit. supra* note 53, p. 17, para. 43.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 18-19, paras. 45-47.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 20-21, para. 53.

52. Cherchant à démontrer qu'il existe effectivement un différend entre les Parties quant à la manière dont les deux accords de 1961 doivent être interprétés, l'Italie mentionne certaines des questions que la Cour aurait à trancher au cas où elle déciderait de connaître de la demande reconventionnelle. Elle relève que les implications des deux accords de 1961 sont triples, puisque l'Allemagne: *a)* aurait «renoncé à la possibilité, qu'elle considérait comme étant son droit, de se prévaloir de la renonciation à toute réclamation de la part de l'Italie» en vertu du traité de paix de 1947; *b)* aurait reconnu «l'existence d'une obligation de réparation envers l'Italie ... ouvrant la voie à un processus de réparations»; et *c)* aurait «reconnu clairement le fait que [les deux accords de 1961] n'avaient pas épuisé l'ensemble des possibilités de réparation susceptibles d'être offertes aux victimes italiennes, en reconnaissant expressément que d'autres voies restaient disponibles (ou le deviendraient) en vertu de la législation allemande»<sup>54</sup>.

53. A l'appui de l'argument selon lequel les deux accords de 1961 auraient créé une «situation entièrement nouvelle» en vertu de laquelle l'Allemagne ne serait plus recevable à se prévaloir de la clause de renonciation du traité de paix de 1947, l'Italie se réfère au texte de l'article 3 du traité d'indemnisation [le deuxième accord de 1961] (qui suggère que les deux accords ne préjugent pas des réclamations qui ne relèvent pas de leur objet spécifique) ainsi qu'à un «échange de lettres» intervenu lors de la conclusion des accords<sup>55</sup>. L'Italie soutient que les accords de 1961 ne pouvaient pas, comme le suggère l'Allemagne, régler la question des réparations, en renvoyant à la pratique de plusieurs États ayant rejeté la thèse selon laquelle des clauses de renonciation similaires à celles des deux accords de 1961 auraient pu avoir pour effet de clore le débat sur les réparations<sup>56</sup>.

54. L'Italie conteste également le point de vue de l'Allemagne selon

---

international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale. La deuxième question, étroitement liée à la première, est celle de savoir si, en refusant d'examiner les demandes de réparation qui lui ont été soumises après la création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» en 2000, l'Allemagne a manqué à ses obligations de réparation à l'égard des victimes italiennes des crimes commis par le Reich allemand et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques découlant de ce comportement illicite. Compte tenu de l'objet du présent différend tel qu'il a été ici défini, on voit bien que les faits ou situations dont il faut tenir compte aux fins de l'application de la clause de limitation *ratione temporis* figurant à l'article 27 *a)* ne sont pas les événements de la seconde guerre mondiale. Le différend soulevé par l'Italie concerne une situation déterminée, à savoir le régime de réparation mis en place par les deux accords de 1961, ainsi que des faits déterminés, à savoir les événements ayant suivi la création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir». Ce sont ces faits et cette situation, et non pas les événements survenus au cours de la seconde guerre mondiale, qui constituent l'origine ou la cause réelle du différend sur la réparation.» (Par. 21.)

<sup>54</sup> Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 17, par. 43.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 18-19, par. 45-47.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 20-21, par. 53.

Agreements, as well as the German legislation on reparations, consisted of *ex gratia* measures; in Italy's view, "no treaty can be really seen simply as a gesture of good will and cannot be considered a unilateral act", and both the treaties and the relevant German legislation "were the result of international pressure and intergovernmental negotiations"<sup>57</sup>. Italy sums up that

"the mere fact that Italy and Germany have opposing views on these and other issues directly linked to the meaning and scope, as well as the effects, of the 1961 Agreements (and subsequent German practice) proves that there is ' . . . a disagreement on a point of law or fact, a conflict of views. . . ' between the Parties, and places the 1961 Agreements and their consequence at the heart of the dispute"<sup>58</sup>.

(c) *The debate on the notion of "continuing situation"*

55. Another bone of contention between Germany and Italy concerns the incidence in the *cas d'espèce* of the notion of "continuing situation". Germany stresses that "the core of the counter-claim [of Italy] is epitomized by the contention that Germany has a continuing obligation to provide reparation for the violations of international humanitarian law committed by the authorities of the Nazi regime during the time of the military occupation of Italy"<sup>59</sup>. In Germany's view, since "[n]o tort claim or other claims against Germany flows from the 1961 Agreements"<sup>60</sup>, the Court should abstain from entertaining the counter-claim for lack of jurisdiction *ratione temporis*.

56. Italy, on its part, affirms in its Counter-Memorial that the "obligation of reparation" on which its counter-claim is based, "has been and continues today to be breached by the German side in relation to a great number of victims"<sup>61</sup>. That being so, it argues that, while "the crimes from which the obligation of reparation takes its origins have to be assessed as *'faits instantanés'*", "the internationally wrongful act consisting in breach of the obligation of reparation is by no means instantaneous", falling within the definition of breaches having a continuing character envisaged by Article 14, paragraph 2, of the ILC Articles on State Responsibility<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Observations of Italy . . . , *op cit. supra* note 53, pp. 21-22, para. 55.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 22-23, para. 57.

<sup>59</sup> Preliminary Objections of Germany . . . , *op cit. supra* note 32, pp. 22-23, para. 35.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 22-23, para. 35.

<sup>61</sup> Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), p. 11, para. 1.17.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 12, para. 1.17.

lequel les deux accords de 1961, ainsi que la législation allemande sur les réparations, constituaient des mesures *ex gratia*. D'après l'Italie, «aucun traité ne saurait vraiment être analysé comme un simple geste de bonne volonté, pas plus qu'il ne saurait être considéré comme un acte unilatéral» et tant les traités que la législation allemande pertinente «étaient le résultat d'une pression internationale et de négociations intergouvernementales»<sup>57</sup>. L'Italie déclare en résumé que :

«le simple fait que l'Italie et l'Allemagne ont des vues opposées sur ces questions et sur d'autres questions présentant un rapport direct avec le sens, la portée et les effets des accords de 1961 (et la pratique allemande ultérieure) prouve qu'il existe «[u]n désaccord sur un point de droit ou de fait..., une opposition de thèses...» entre les Parties et place les accords de 1961 et leurs conséquences au cœur du différend»<sup>58</sup>.

c) *La controverse sur la notion de «situation continue»*

55. Un autre sujet de désaccord entre l'Italie et l'Allemagne a trait à l'importance de la notion de «situation continue» en l'espèce. L'Allemagne souligne que «[l]'élément central de la demande reconventionnelle [de l'Italie] réside ... dans l'argument selon lequel une obligation de réparer les violations du droit international humanitaire commises par les autorités nazies pendant la période de l'occupation militaire de l'Italie continue d'incomber à l'Allemagne»<sup>59</sup>. D'après l'Allemagne, étant donné qu'«[a]ucune demande en réparation ni aucune autre demande contre l'Allemagne ne découle des accords de 1961»<sup>60</sup>, la Cour devrait s'abstenir de connaître de la demande reconventionnelle car elle serait incompétente *ratione temporis*.

56. L'Italie affirme pour sa part dans son contre-mémoire, au sujet de l'«obligation de réparation» sur laquelle est fondée sa demande reconventionnelle, que «l'Allemagne a manqué et continue de manquer à [cette] obligation ... à l'égard d'un très grand nombre de victimes»<sup>61</sup>. Au vu de cela, elle soutient que, tandis que «les crimes qui ont fait naître l'obligation de réparation doivent être analysés comme étant des «faits instantanés»», «[l]e fait internationalement illicite que constitue la violation de l'obligation de réparation ne possède nullement un caractère «instantané»», mais relève de la définition des violations ayant un caractère continu visées au paragraphe 2 de l'article 14 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 21-22, par. 55.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 22-23, par. 57.

<sup>59</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 22-23, par. 35.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 22-23, par. 35.

<sup>61</sup> Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 11, par. 1.17.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 12, par. 1.17.



57. Although Italy makes this point when it discusses the applicability of contemporary rules on State immunity and international humanitarian law to the Applicant's alleged obligation to provide reparation (cf. *supra*), Germany argues that this line of reasoning consists in an attempt to "overcome the temporal hurdles standing in the way of [Italy's] counterclaim"<sup>63</sup>. Germany then invites the Court to make a distinction between "the interference with the rights of the other party", which, in the present case, took place in 1943-1945 — i.e., in a period falling outside the jurisdiction *ratione temporis* of the Court — and "the consequences entailed thereby" — i.e., the alleged obligation to provide reparation<sup>64</sup>.

58. Germany recalls, in this context, the decision of the PCIJ in the *Phosphates in Morocco* case (Italy v. France, 1938)<sup>65</sup>, and further contends that, in the line of what has been decided by the PCIJ, "the complaints raised against the way and method of settlement do not count with regard to determining the applicability of the relevant time clause" in the present case<sup>66</sup>. In this connection, Germany refers to examples taken from the case law of the European Court of Human Rights (ECHR)<sup>67</sup>, singling out cases such as those of *Malhous v. Czech Republic* case (2000, concerning deprivation of ownership or any other right *in rem*), and the *Kholodov and Kholodova v. Russia* case (2006, concerning Mr. D. Kholodov's death)<sup>68</sup>; yet, as these cases pertained admittedly to "instantaneous acts" rather than *continuing situations*, they do not bear relevance to the present case before the ICJ, which is of a distinct nature.

59. Italy, in turn, points out that it has "no difficulty in admitting that the notion of a continuing wrongful act has no relevance for the purposes of determining the jurisdiction *ratione temporis* of the Court", and affirms

<sup>63</sup> Preliminary Objections of Germany . . . , *op. cit. supra* note 32, pp. 12-13, para. 20.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 13, para. 21.

<sup>65</sup> In that case, Italy submitted that the Court had jurisdiction *ratione temporis* to entertain claims related to an executive decision taken by the Moroccan administration six years before France accepted the compulsory jurisdiction of the Court because: (a) the denial of justice on the part of France constituted in itself an internationally wrongful act; and (b) the executive decision and the denial of justice constituted "a single, progressive illegal act which [had not been] fully accomplished until after the crucial date" (p. 23). The PCIJ rejected these arguments, pondering that: (a) a complaint of a denial of justice [could not] be separated from the criticism which the Italian Government [directed] against the decision of the Department of Mines of 8 January 1925"; (b) the alleged denial of justice merely allowed "the unlawful to subsist", exercising "no influence either on the accomplishment of the act or on the responsibility ensuing from it" (p. 28).

<sup>66</sup> Preliminary Objections of Germany . . . , *op. cit. supra* note 32, pp. 13-15, para. 22.

<sup>67</sup> Cf. *ibid.*, pp. 15-18, paras. 23-28 (references to the cases *Malhous v. Czech Republic* [2000], *Blečić v. Croatia* [2006], *Preussische Treuhand v. Poland* [2008], *Kholodov and Kholodova v. Russia* [2006], and *Varnava and Others v. Turkey* [2009]).

<sup>68</sup> Cf. *ibid.*, pp. 15-17, paras. 24 and 26.

57. Bien que l'Italie formule cet argument lorsqu'elle examine l'applicabilité des règles actuelles en matière d'immunité des Etats et de droit international humanitaire à l'obligation alléguée du demandeur d'accorder une réparation (cf. *supra*), l'Allemagne soutient que ce raisonnement constituerait une tentative de « passer outre aux éléments temporels qui font obstacle à [l]a demande reconventionnelle [de l'Italie] »<sup>63</sup>. L'Allemagne invite ensuite la Cour à faire une distinction entre « [l]'ingérence dans les droits de l'autre partie » — qui s'est produite en l'espèce entre 1943 et 1945, c'est-à-dire au cours d'une période ne relevant pas de la compétence *ratione temporis* de la Cour — et « les conséquences qui en résultent » — c'est-à-dire l'obligation alléguée d'accorder une réparation<sup>64</sup>.

58. L'Allemagne rappelle dans ce contexte l'arrêt rendu par la CPJI en l'affaire des *Phosphates du Maroc* (Italie c. France, 1938)<sup>65</sup> et soutient également que, dans l'esprit de la décision de la CPJI, « les griefs formulés contre la manière et la méthode de règlement n'entrent pas en ligne de compte aux fins de déterminer l'applicabilité de la clause temporelle pertinente » en l'espèce<sup>66</sup>. A cet égard, l'Allemagne cite des exemples tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>67</sup>, en insistant sur des espèces telles que l'affaire *Malhous c. République tchèque* (2000, concernant la privation du droit de propriété ou de tout autre droit réel) et l'affaire *Kholodov et Kholodova c. Russie* (2006, ayant pour objet le décès de M. D. Kholodov)<sup>68</sup>. Or, étant donné que ces espèces concernaient, comme l'Allemagne le reconnaît, des « actes instantanés » plutôt que des *situations continues*, elles ne sont pas pertinentes aux fins de la présente affaire introduite devant la CIJ, qui revêt un caractère différent.

59. L'Italie relève de son côté qu'elle « n'a pas de difficulté à reconnaître que la notion de fait illicite continu est dénuée de pertinence aux fins de la détermination de la compétence *ratione temporis* de la Cour »

<sup>63</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 12-13, par. 20.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 13, par. 21.

<sup>65</sup> Dans cette affaire, l'Italie soutenait que la Cour était compétente *ratione temporis* pour connaître de demandes liées à une décision prise par l'administration marocaine six ans avant que la France n'ait accepté la juridiction obligatoire de la Cour parce que : *a*) le déni de justice de la part de la France constituait en soi un fait internationalement illicite ; et *b*) la décision de l'exécutif et le déni de justice constituaient « un seul fait illicite continu et progressif, qui n'[était] arrivé à sa perfection qu'après la date critique » (p. 23). La CPJI écarta ces arguments aux motifs que : *a*) « le grief de déni de justice ne saurait être séparé de la critique que le Gouvernement italien entend[ait] faire de la décision du Service des Mines intervenue le 8 janvier 1925 » ; *b*) le déni de justice allégué ne faisait que « laisser subsister le fait illicite », mais n'exerçait « aucune influence ni sur sa consommation, ni sur la responsabilité qui en dériv[ait] » (p. 28).

<sup>66</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 13-15, par. 22.

<sup>67</sup> Cf. *ibid.*, p. 15-18, par. 23-28 (renvoyant aux affaires *Malhous c. République tchèque* [2000], *Blečić c. Croatie* [2006], *Preussische Treuhand c. Pologne* [2008], *Kholodov et Kholodova c. Russie* [2006] et *Varnava et autres c. Turquie* [2009]).

<sup>68</sup> Cf. *ibid.*, p. 15-17, par. 24 et 26.

that it “has never intended to rely on this argument”<sup>69</sup>. Yet, Italy criticizes Germany’s invocation, to its purpose, of the *Phosphates in Morocco* case and of the examples taken from the case law of the European Court of Human Rights<sup>70</sup>. In Italy’s view,

“Unlike the situation in the *Phosphates in Morocco* case, the subject-matter of the present dispute is not whether during the Second World War German authorities committed grave violations of international humanitarian law giving rise to Germany’s international responsibility *vis-à-vis* Italy. These facts do not constitute the subject-matter of the present dispute simply because they are not in dispute between the Parties. Although the present dispute concerns the issue of the reparation owed by Germany as a consequence of the crimes committed by German authorities in the period between 1943 and 1945, the focal point of the dispute — *le fait générateur* — is to be found in facts and situations subsequent to the critical date. Thus, Germany’s attempt to suggest that the present dispute presents the same situation as in the *Phosphates in Morocco* case is simply unconvincing”.<sup>71</sup>

#### VII. THE ORIGINS OF A “CONTINUING SITUATION” IN INTERNATIONAL LEGAL DOCTRINE

60. The origins of the notion of a “continuing situation” have passed virtually unnoticed in expert writing of our times. It was necessary to wait for its configuration, first, in international litigation, and then, in international legal conceptualization (cf. *infra*), for the notion to begin to attract some, but not much, attention on the part of expert writing. Coincidentally, it was precisely in the rich tradition of German as well as Italian international legal thinking that the origin and early development of that notion lie. It is not my intention, within the confines of the present dissenting opinion, to proceed to an in-depth study of this specific point; I shall only refer to the earliest elaboration of this notion in international legal doctrine.

61. Already in the year of the First Hague Peace Conference, in his book *Völkerrecht und Landesrecht* (1899), Heinrich Triepel identified the point at issue:

“Völkerrechtlich geboten nennen wir einmal alles Landesrecht, dessen Schöpfung sich als Erfüllung völkerrechtlicher Pflicht darstellt, ferner aber das, das der Staat zwar ohne solche Verpflich-

<sup>69</sup> Observations of Italy . . . , *op. cit. supra* note 53, p. 11, para. 25.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 11-13, paras. 26-29.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 12, para. 27.

et affirme qu'elle «n'a jamais eu l'intention de se fonder sur cet argument»<sup>69</sup>. Néanmoins, elle fait grief à l'Allemagne d'invoquer à cette fin l'affaire des *Phosphates du Maroc* et les exemples provenant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>70</sup>. D'après l'Italie,

«à la différence de la situation dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, l'objet du présent différend n'est pas la question de savoir si, lors de la seconde guerre mondiale, les autorités allemandes ont commis des violations graves du droit humanitaire engageant la responsabilité internationale de l'Allemagne à l'égard de l'Italie. Ces faits ne constituent pas l'objet du présent différend, tout simplement parce qu'ils ne font pas l'objet d'une contestation entre les Parties. Bien que le présent différend concerne la question de la réparation due par l'Allemagne à la suite des crimes commis par les autorités allemandes au cours de la période allant de 1943 à 1945, le point central du différend — son fait générateur — correspond à des faits et situations postérieurs à la date critique. En conséquence, la tentative de l'Allemagne de suggérer que le présent différend se caractérise par la même situation que celle dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* n'est tout simplement pas convaincante.»<sup>71</sup>

#### VII. LES ORIGINES DE LA «SITUATION CONTINUE» DANS LA DOCTRINE INTERNATIONALISTE

60. Les origines de la notion de «situation continue» sont passées quasiment inaperçues dans la doctrine contemporaine. Ce n'est que lorsque cette notion a d'abord pris corps dans le contentieux international et a ensuite été consacrée comme concept de droit international (cf. *infra*) qu'elle a enfin bénéficié d'une certaine attention, quoique insuffisante, de la part de la doctrine. Or, par coïncidence, c'est précisément dans la riche tradition des doctrines internationalistes allemande et italienne que cette notion trouve ses racines et a commencé à se développer. Mon propos n'étant pas, dans le cadre de la présente opinion dissidente, de procéder à une analyse approfondie de cette question particulière, je n'évoquerai que la genèse de cette notion dans la doctrine internationaliste.

61. Dans son ouvrage *Völkerrecht und Landesrecht* publié l'année de la première conférence de la paix de La Haye (1899), Heinrich Triepel avait déjà cerné la question :

«Völkerrechtlich geboten nennen wir einmal alles Landesrecht, dessen Schöpfung sich als Erfüllung völkerrechtlicher Pflicht darstellt, ferner aber das, das der Staat zwar ohne solche Verpflichtung

<sup>69</sup> Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 11, par. 25.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 11-13, par. 26-29.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 12, par. 27.

tung geschaffen hat, aber nachmals aufrechtzuerhalten verpflichtet wird. Dort besteht die Staatspflicht in Erlass und Aufrechterhaltung des Rechts, hier allein in dieser. Umgekehrt — wenn die Staaten zu bestimmtem Zeitpunkte völkerrechtlich verpflichtet werden, ein Recht bestimmten Inhalts zu haben, so verletzt der Staat, der das entsprechende Recht besitzt, seine Pflicht durch dessen Abschaffung und die fortgesetzte Unterlassung der Wiedereinführung, der von vornherein des gebotenen Rechts ermangelnde nur durch die Nicht-einführung; beide aber begehen ein, wenn ich so sagen darf, völkerrechtliches ‘Dauerdelikt’.<sup>72</sup>

62. Although H. Triepel did not go deeper into the argument, he displayed his intuition as to situate it not only in the relationship between international law and domestic law, but also in its temporal dimension. Fourteen years later, shortly before the outbreak of the First World War, his book came out in an Italian edition, where the same paragraph appeared:

“Imposto dal diritto internazionale è per noi anzitutto il diritto interno la cui creazione rappresenta l’adempimento di un obbligo internazionale, ed in secondo luogo il diritto interno che fu creato dallo Stato senza esservi internazionalmente obbligato, ma che posteriormente lo Stato si è obbligato a conservare in vigore. Nel primo caso il dovere dello Stato consiste nell’emanazione e nel mantenimento in vigore di determinate norme di diritto, nel secondo caso soltanto nell’ultimo obbligo. Reciprocamente, si a un determinato momento gli Stati sono internazionalmente obbligati ad avere norme di diritto di un dato contenuto, lo Stato ce già le possiede viola il suo dovere se le abolisce e trascura di introdurre nuovamente, mentre lo Stato che non le possiede ancora lo viola soltanto col non introdurre; ambedue peraltro commettono, se mi è lecito usare questa espressione, un ‘reato continuato’ internazionale.”<sup>73</sup>

<sup>72</sup> H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899, p. 289:

“We call ‘required by international law’ (*völkerrechtlich geboten*) all domestic law, the creation of which represents the fulfillment of an international obligation, but also that which the State has created absent such an obligation, but subsequently becomes obligated to uphold. In one case the obligation of the State comprises the enactment and the duty not to repeal the law, in the other only the latter. Conversely, if at a given time States are internationally obliged to have rules of law with a given content, the State which already has such laws is breaching its obligation if it repeals them and fails to re-enact them, whereas the State which does not yet have such laws breaches its obligation merely by not introducing them: both States thus commit, if I may say so, a continuous violation of international law (*völkerrechtliches Dauerdelikt*).” [Free translation.]

<sup>73</sup> H. Triepel, *Diritto Internazionale e Diritto Interno* (trad. G. C. Buzzati), Turin, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 286. One decade later, lecturing in the

geschaffen hat, aber nachmals aufrechtzuerhalten verpflichtet wird. Dort besteht die Staatspflicht in Erlass und Aufrechterhaltung des Rechts, hier allein in dieser. Umgekehrt — wenn die Staaten zu bestimmtem Zeitpunkte völkerrechtlich verpflichtet werden, ein Recht bestimmten Inhalts zu haben, so verletzt der Staat, der das entsprechende Recht besitzt, seine Pflicht durch dessen Abschaffung und die fortgesetzte Unterlassung der Wiedereinführung, der von vornherein des gebotenen Rechts ermangelnde nur durch die Nichteinführung; beide aber begehen ein, wenn ich so sagen darf, völkerrechtliches «Dauerdelikt».»<sup>72</sup>

62. Bien que H. Triepel n'ait pas approfondi cet argument, il a laissé transparaître son intuition, qui était de le situer non seulement dans le cadre du rapport entre le droit international et le droit interne, mais également dans sa dimension temporelle. Quatorze ans plus tard, peu avant l'éclatement de la première guerre mondiale, son ouvrage connut une édition italienne dans laquelle on retrouvait le même paragraphe :

«Imposto dal diritto internazionale è per noi anzitutto il diritto interno la cui creazione rappresenta l'adempimento di un obbligo internazionale, ed in secondo luogo il diritto interno che fu creato dallo Stato senza esservi internazionalmente obbligato, ma che posteriormente lo Stato si è obbligato a conservare in vigore. Nel primo caso il dovere dello Stato consiste nell'emanazione e nel mantenimento in vigore di determinate norme di diritto, nel secondo caso soltanto nell'ultimo obbligo. Reciprocamente, si a un determinato momento gli Stati sono internazionalmente obbligati ad avere norme di diritto di un dato contenuto, lo Stato ce già le possiede viola il suo dovere se le abolisce e trascura di introdurle nuovamente, mentre lo Stato che non le possiede ancora lo viola soltanto col non introdurle; ambedue peraltro commettono, se mi è lecito usare questa espressione, un «reato continuato» internazionale.»<sup>73</sup>

<sup>72</sup> H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899, p. 289 :

«Par l'expression «exigée par le droit international» (*völkerrechtlich geboten*), nous entendons toute loi interne édictée en exécution d'une obligation internationale, mais également celle que l'Etat a édictée en l'absence d'une telle obligation, mais qu'il est par la suite tenu de maintenir en vigueur. Dans la première hypothèse, l'obligation de l'Etat comporte la mise en vigueur de la loi et le devoir de ne pas l'abroger, tandis que, dans la seconde, elle n'inclut que ce dernier devoir. Inversement, si, à un moment donné, les Etats sont internationalement obligés de se doter de règles de droit ayant un contenu déterminé, l'Etat qui possède déjà de telles lois viole son obligation s'il les abroge et ne les rétablit pas, tandis que l'Etat qui ne possède pas encore de telles lois viole son obligation du simple fait de leur non-adoption; les deux Etats commettent, si je peux m'exprimer ainsi, un manquement continu au droit international (*völkerrechtliches Dauerdelikt*).» [Traduction libre.]

<sup>73</sup> H. Triepel, *Diritto Internazionale e Diritto Interno* (trad. G. C. Buzzati), Turin, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 286. Une décennie plus tard, dans son

63. It was during the inter-war period that the notion of “continuing situation” was in fact elaborated in the early writings of Roberto Ago. In his Hague Academy lectures of 1939, with the outbreak of the Second World War, R. Ago argued that, in international law, there are situations which are conformed by a sole wrongful act or omission (*délit international simple*), and others which are conformed by a series of them, and the effect of such wrongful human conduct in time (*délit international complexe* or *continu*). In the case of these latter, there is a prolongation in time of the *tempus commissi delicti*<sup>74</sup>.

64. The essential element in the distinction between them lies in whether the action or omission is “transient or permanent”. An example of a breach prolonged in time is afforded by the promulgation of a (domestic) law in breach of the law of nations, thereby generating a *délit continu*<sup>75</sup>. And R. Ago added, as to the obligation of reparation, that this latter “in no way manifests itself as a subsidiary obligation”, but rather as “a primary obligation, established by a customary rule”<sup>76</sup> [*translation by the Registry*].

By that time, the notion of a “continuing situation” in breach of international law was already being pleaded in international litigation (cf. *infra*).

#### VIII. THE CONFIGURATION OF A “CONTINUING SITUATION” IN INTERNATIONAL LITIGATION AND CASE LAW

65. As the Court, in its present Order, appears not to have deemed it necessary to pronounce on the notion of a “continuing situation”, I feel

---

opening courses of the Hague Academy of International Law (1923), Triepel reiterated his view:

“Nous nommons *internationalement ordonné*, d’abord tout le droit interne dont la création se présente comme l’accomplissement d’un devoir international, et en outre le droit que l’Etat a créé sans y être tenu, mais qu’il est obligé maintenant de conserver. Dans la première hypothèse, le devoir de l’Etat consiste à créer et à conserver le droit, dans la seconde, il ne consiste qu’à le conserver. Inversement, quand les Etats sont internationalement astreints à avoir, à une certaine époque, un droit d’un contenu déterminé, l’Etat, qui possède le droit dont il s’agit, viole son devoir s’il abroge ce droit et s’il s’abstient ensuite de le réintroduire; tandis que celui qui ne possède point dès le début le droit internationalement ordonné, ne viole son devoir que s’il ne l’introduit pas. Mais tous les deux commettent, pour ainsi dire, un ‘délit permanent international’ (*Dauerdelikt*, comme on dit en allemand)”; H. Triepel, “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, 1 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1923), p. 109.

<sup>74</sup> R. Ago, “Le délit international”, 68 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1939), pp. 512, 514, 517-519 and 523.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 519-520.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 529.

63. C'est en réalité au cours de l'entre-deux-guerres que les contours de la notion de «situation continue» se précisèrent, dans les premiers écrits de Roberto Ago. Dans son cours dispensé à l'Académie de La Haye en 1939, l'année de l'éclatement de la seconde guerre mondiale, R. Ago soutenait qu'il existait, en droit international, des situations caractérisées par un acte illicite ou une omission uniques (*délit international simple*), ainsi que d'autres qui étaient constituées par une série d'actes ou omissions ainsi que par l'effet dans le temps de ce comportement humain illicite (*délit international complexe* ou *continu*). Dans ce dernier cas, on observe un prolongement dans le temps du *tempus commissi delicti*<sup>74</sup>.

64. L'élément essentiel de la distinction entre ces deux concepts réside «dans l'instantanéité ou dans la permanence» de l'action ou omission. Un exemple de manquement qui se prolonge dans le temps peut être trouvé dans la promulgation d'une loi (interne) en violation du droit des gens, donnant lieu à un *délit continu*<sup>75</sup>. R. Ago ajoutait, en ce qui concerne l'obligation de réparation, que cette dernière «ne se manifest[ait] pas du tout comme une obligation subsidiaire», mais plutôt comme «une obligation primaire, établie par une règle coutumière»<sup>76</sup>.

A cette époque, la notion de «situation continue» constitutive d'une violation du droit international était déjà invoquée dans le contentieux international (cf. *infra*).

#### VIII. LA FORMATION ET LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA «SITUATION CONTINUE» DANS LE CADRE DU CONTENTIEUX ET DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONAUX

65. Etant donné que la Cour ne semble pas avoir jugé nécessaire de se prononcer, dans sa présente ordonnance, sur la notion de «situation

---

cours dispensé dans le cadre des leçons inaugurales de l'Académie de droit international de La Haye (1923), H. Triepel réitéra son point de vue :

« Nous nommons *internationalement ordonné*, d'abord tout le droit interne dont la création se présente comme l'accomplissement d'un devoir international, et en outre le droit que l'Etat a créé sans y être tenu, mais qu'il est obligé maintenant de conserver. Dans la première hypothèse, le devoir de l'Etat consiste à créer et à conserver le droit, dans la seconde, il ne consiste qu'à le conserver. Inversement, quand les Etats sont internationalement astreints à avoir, à une certaine époque, un droit d'un contenu déterminé, l'Etat qui possède le droit dont il s'agit viole son devoir s'il abroge ce droit et s'il s'abstient ensuite de le réintroduire ; tandis que celui qui ne possède point dès le début le droit internationalement ordonné ne viole son devoir que s'il ne l'introduit pas. Mais tous les deux commettent, pour ainsi dire, un «délit permanent international» (*Dauerdelikt*, comme on dit en allemand). » (H. Triepel, «Les rapports entre le droit interne et le droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 1, 1923, p. 109.)

<sup>74</sup> R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 68, 1939, p. 512, 514, 517-519 et 523.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 519-520.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 529.



obliged to do so, as I regard the matter of importance for the present and future of international law. It has been the object of contentions on the part of both Italy and Germany, and has not seldom been raised before contemporary international tribunals (such as the ICJ, and the European and Inter-American Courts of Human Rights). Although, in the present case before the ICJ, at the end of their recent debates (in the written phase which preceded the present Order of the Court), it was clarified that the notion at issue did not provide the main basis for the positions of the contending Parties, yet not only was it invoked by both before the Court, but it remains, in my view, important for a proper understanding of the time dimension of cases of the kind. I shall thus dwell upon it, in the domain of public international law, as well as in that of the international law of human rights proper.

### 1. In Public International Law

66. May I first refer to the era of the PCIJ. On one occasion, in his oral arguments before the PCIJ in the public sitting of 12 May 1938, in the case of *Phosphates in Morocco* (Italy v. France), counsel for Italy, Roberto Ago, argued that the facts of that dispute before the PCIJ went back to a legislative act of 1920 (establishing the “monopole des phosphates”), extended to a decision taken in 1925 (pertaining to the “cartel phosphatier”), and to a *déni de justice* which occurred in 1931-1933<sup>77</sup>. In this succession of facts, there were thus — he added — elements which were prior to the date of acceptance of the compulsory jurisdiction of the PCIJ<sup>78</sup>.

67. In his view, the facts, in particular, which extended from 1925 to 1933, gave origin to a “clear violation of international law”<sup>79</sup>. In the oral argument of Roberto Ago,

“In their entirety, those facts, which are intimately linked by a necessary connection (. . .) with a common aim, represent logically and teleologically — in terms of their practical and legal effects — a single continuing and progressive internationally wrongful act.

Therein are contained (. . .) all the constituent elements of a continuing offence: the plurality of actions, the unity of the law violated, the unity of aim and purpose of the agent.

(. . .) The continuing wrongful act, (. . .) which is simultaneously composed of a series of individual wrongful acts, must be regarded

<sup>77</sup> *Phosphates in Morocco*, P.C.I.J., Series C, Nos. 84-85, pp. 1218, 1220, 1230-1231. According to Ago, the breach of international law incurred into, “prolonge son existence dans le temps et se renouvelle à chaque instant”; *ibid.*, pp. 1240-1241, and cf. p. 1237.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 1233, and cf. p. 1231.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 1233, and cf. p. 1229.

continue», je me sens dans l'obligation de le faire car j'estime que cette question présente de l'importance pour l'état actuel et futur du droit international. Elle était présente tant dans les affirmations de l'Italie que dans celles de l'Allemagne et a souvent été invoquée devant les juridictions internationales contemporaines (telles que la CIJ et les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme). Bien qu'il ait été clarifié, à l'issue des controverses récentes des Parties dans la présente affaire devant la CIJ (lors de la phase écrite ayant précédé la présente ordonnance de la Cour), que la notion en cause ne constituait pas le fondement principal de leurs positions, elle a non seulement été invoquée par les deux Parties devant la Cour mais conserve également, à mon avis, son importance pour la compréhension correcte de la dimension temporelle des affaires de ce type. Je m'attarderai donc sur cette notion, aussi bien dans le domaine du droit international public que dans celui du droit international des droits de l'homme.

### 1. En droit international public

66. Qu'il me soit d'abord permis de remonter à l'époque de la CPJI. Dans le cadre de son exposé devant la CPJI en l'affaire des *Phosphates du Maroc* (Italie c. France), lors de la séance publique du 12 mai 1938, Roberto Ago avait soutenu, en qualité de conseil de l'Italie, que les faits de ce différend soumis à la CPJI remontaient à un texte législatif de 1920 (instituant le «monopole des phosphates») et s'étendaient à une décision prise en 1925 (concernant le «cartel phosphatier») ainsi qu'à un déni de justice survenu en 1931-1933<sup>77</sup>. Cette succession de faits comportait donc, ajoutait-il, des éléments qui étaient antérieurs à la date d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CPJI<sup>78</sup>.

67. A son avis, les faits, et en particulier ceux qui s'étaient prolongés de 1925 à 1933, avaient donné lieu à une «violation parfaite du droit des gens»<sup>79</sup>. D'après la plaidoirie de Roberto Ago :

«L'ensemble de ces faits, intimement liés par une connexion nécessaire, ... visant à un même but, représente, du point de vue logique et téléologique, aux effets pratiques et juridiques un seul fait illicite international continué et progressif.

On y retrouve ... tous les éléments constitutifs du délit continué : pluralité d'actions, unité du droit violé, unité de résolution et de but chez l'agent.

Le fait illicite continué, ... étant composé à la fois par une succession de faits illicites particuliers, doit être regardé nécessairement

<sup>77</sup> *Phosphates du Maroc*, C.P.J.I. série C n<sup>os</sup> 84-85, p. 1218, 1220, 1230-1231. A son avis, l'infraction au droit international «prolonge son existence dans le temps et se renouvelle à chaque instant»: *ibid.*, p. 1240-1241, et cf. p. 1237.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 1233, et cf. p. 1231.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 1233, et cf. p. 1229.

as a single offence . . . . The progressive wrongful act must be treated in law as a single wrongful act.”<sup>80</sup> [*Translation by the Registry.*]

68. This latter is represented by its being continuously maintained, in breach of an international obligation; in this way,

“The violation of international law does not end at its first occurrence; it continues until the violation has ceased. What continues are not the effects of the initial, completed and concluded violation, but rather the violation itself, which is continuously renewed, and which thus continues to be perpetrated for as long as the will and actions of the agent remain unchanged.

It is precisely for this reason that, in domestic law, in the face of a continuing criminal act, the prescription period only begins to run when the criminal act has ended.”<sup>81</sup> [*Translation by the Registry.*]

69. In its Judgment of 14 June 1938 (Preliminary Objections) in the *Phosphates in Morocco* case, the PCIJ was, however, of the view that, as to the alleged continuing situation or acts, presumably constituting a single whole (*P.C.I.J., Series A/B. No. 74*, pp. 22-23), what was ultimately a determining factor was “the will of the State which only accepted the compulsory jurisdiction within specified limits, and consequently only intended to submit to that jurisdiction disputes having actually arisen from situations or facts subsequent to its acceptance” (*ibid.*, p. 24).

70. In the *cas d’espèce*, the cited acts and situations were not, in the view of the PCIJ, the culmination of earlier events, nor did they alter the situation (as to the “monopolization” of Moroccan phosphates) which had already been established. The Court thus dismissed the argument of Italy of a “continuing and progressive violation” constituted by successive acts of the Respondent State (*ibid.*, pp. 25-27). Conceptually, thus, the PCIJ subscribed to the traditional voluntarist conception of its own jurisdiction, and espoused a static and atomized view of the whole matter brought into its cognizance.

71. It is not my intention here to take this decision into discussion, more than seven decades later, but rather to refer to it, for the purposes of the present dissenting opinion. As to the ICJ era, may it be recalled that, in its Advisory Opinion of 1971 on *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, the ICJ pronounced on South Africa’s international responsibility arising from a continuing violation (its “continued presence in Namibia”, which was

<sup>80</sup> *Phosphates in Morocco, P.C.I.J., Series C, Nos. 84-85*, pp. 1234-1235, and cf. p. 1238.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 1239.

comme étant un délit unique. ... Le fait illicite progressif doit être qualifié juridiquement comme un fait illicite unique.»<sup>80</sup>

68. Ce dernier se caractérise par le fait qu'il se prolonge continuellement, en violation d'une obligation internationale. Dès lors,

«[L]a violation du droit international ne s'est pas achevée au moment où elle a commencé; elle continue à se produire à chaque moment successif tant qu'elle ne cesse pas. Ce qui se prolonge dans le temps, ce ne sont pas des conséquences d'une violation initiale, achevée et épuisée, mais c'est précisément la violation même qui se renouvelle continuellement et qui, par là, continue à se consommer aussi longtemps que durent la même volonté et la même activité de l'agent.

C'est précisément pour cette raison qu'en droit interne, lorsqu'on est en présence d'un état délictueux qui se prolonge dans le temps, on ne fait partir la prescription que du moment où l'état délictueux a pris fin.»<sup>81</sup>

69. La CPJI jugea cependant, dans son arrêt du 14 juin 1938 (exceptions préliminaires) en l'affaire des *Phosphates du Maroc*, que, en ce qui concerne la situation ou les actes continus allégués, censés former un tout (C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 22-23), le facteur déterminant était en fin de compte «la volonté de l'État qui, n'ayant accepté la juridiction obligatoire que dans certaines limites, n'a entendu y soumettre que les seuls différends qui sont réellement nés de situations ou de faits postérieurs à son acceptation» (*ibid.*, p. 24).

70. En l'espèce, les actes et situations mentionnés n'étaient pas, d'après la CPJI, le point culminant d'événements antérieurs et ne modifiaient pas davantage (pour ce qui est de l'«accaparement» des phosphates du Maroc) la situation déjà établie. La Cour écartait donc l'argument de l'Italie selon lequel les actes successifs de l'Etat défendeur constitueraient un «délit continué et progressif» (*ibid.*, p. 25-27). La CPJI a donc souscrit, d'un point de vue conceptuel, à la thèse volontariste traditionnelle quant à sa compétence et a embrassé une vision statique et fragmentaire de l'ensemble de la question dont elle devait connaître.

71. Je n'ai pas ici l'intention de disserter sur cette décision, plus de sept décennies après, mais seulement d'y renvoyer aux fins de la présente opinion dissidente. S'agissant de l'époque de la CIJ, qu'il me soit permis de rappeler que, dans son avis consultatif de 1971 relatif aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la CIJ s'est prononcée sur la responsabilité internationale de l'Afrique du Sud découlant d'une violation continue (le «main-

<sup>80</sup> *Phosphates du Maroc*, C.P.J.I. Série C n°s 84-85, p. 1234-1235, et cf. p. 1238.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 1239.

being “maintained in violation of international law”<sup>82</sup>. The ICJ found that “[b]y maintaining the present illegal situation, and occupying the territory without title, South Africa incurs international responsibilities arising from a continuing violation of an international obligation”<sup>83</sup>. It then asserted the obligation of the UN member States “to recognize the illegality and invalidity of South Africa’s continued presence in Namibia”<sup>84</sup>.

72. The point I wish to make here is that, although the notion of *continuing situation* has roots in the international legal thinking of as early as the first half of the twentieth century, it has passed almost unnoticed, and remains virtually unexplored, in doctrinal writings to date, in public international law. Yet, the notion has received some attention in the particular domain of the international law of human rights<sup>85</sup>, on the part of both the European and the Inter-American Courts of Human Rights. It has further been acknowledged at not only the jurisprudential level but also at the normative level in recent years, and can no longer be overlooked.

## 2. In the International Law of Human Rights

73. At jurisprudential level, the notion of “*situation continue*” was early to become the object of attention on the part of the European Court of Human Rights (ECHR) — as well as of the former European Commission of Human Rights — in relation to the application of the rule of exhaustion of local remedies in cases of detention [while] on remand<sup>86</sup>. Attention was then turned by the ECHR to the *length* or *actual duration* of the detentions at issue, as “continuing situations”<sup>87</sup>. Over the years, the ECHR has at times been faced with continuing situations in distinct circumstances.

74. It is not surprising to find that the notion of *continuing situation* has been developed particularly in the domain of the international law of human rights, given the special character of human rights treaties, which

<sup>82</sup> *I.C.J. Reports 1971*, p. 56, para. 126.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 54, para. 118; and cf. *ibid.*, p. 47, para. 95, for the Court’s reference to a “persistent violation of obligations”.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 54, para. 119.

<sup>85</sup> Among the very few articles devoted to the issue to date, cf., in particular: J. Pauwelyn, “The Concept of a ‘Continuing Violation’ of an International Obligation: Selected Problems”, 66 *British Year Book of International Law* (1995), pp. 415-450; A. Buyse, “A Lifeline in Time — Non-Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR”, 75 *Nordic Journal of International Law* (2006), pp. 63-88; A. Van Pachtenbeke and Y. Haecck, “From *De Becker* to *Varnava*: The State of Continuing Situations in the Strasbourg Case Law”, 1 *European Human Rights Law Review* (2010), pp. 47-58.

<sup>86</sup> A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, pp. 221-228.

<sup>87</sup> Cf. *ibid.*, pp. 223 and 225.

«... le maintien de la présence sud-africaine en Namibie» qui «se prolonge[ait] en violation du droit international»<sup>82</sup>. La CIJ déclarait que, «[t]ant qu'elle laiss[ait] subsister cette situation illégale et occup[ait] le territoire sans titre, l'Afrique du Sud encour[ai]t des responsabilités internationales pour violation persistante d'une obligation internationale»<sup>83</sup>. Elle affirmait ensuite l'obligation des Etats Membres des Nations Unies de «reconnaître l'illégalité et le défaut de validité du maintien de la présence sud-africaine en Namibie»<sup>84</sup>.

72. Ce que je tiens à faire observer ici, c'est que, en dépit du fait que les racines de la notion de *situation continue* dans la pensée internationaliste remontent à la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, cette notion était passée quasiment inaperçue et reste encore pratiquement inexplorée dans les écrits doctrinaux de droit international public. Néanmoins, elle a bénéficié d'une certaine attention dans le domaine particulier du droit international des droits de l'homme<sup>85</sup>, de la part tant de la Cour européenne que de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. En outre, comme sa reconnaissance prétorienne s'est également doublée, au cours de ces dernières années, d'une consécration au niveau normatif, ce concept ne saurait plus être négligé.

## 2. En droit international des droits de l'homme

73. En jurisprudence, la notion de «*situation continue*» a retenu de bonne heure l'attention de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) — ainsi que celle de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme —, en ce qui concerne l'application de la règle de l'épuisement des recours internes en matière de détention provisoire<sup>86</sup>. La CEDH a ensuite porté son attention sur la *longueur* ou sur la *durée réelle* des détentions en question, en tant que «situations continues»<sup>87</sup>. Au fil des ans, la CEDH a parfois été confrontée à des situations continues dans des circonstances différentes.

74. Il n'est pas surprenant de constater que la notion de *situation continue* a été développée en particulier dans le domaine du droit international des droits de l'homme, étant donné la nature spécifique des trai-

<sup>82</sup> C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 126.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 54, par. 118; cf. également *ibid.*, p. 47, par. 95, où la Cour se réfère à une «violation ... persistante d'obligations».

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 54, par. 119.

<sup>85</sup> Parmi les très rares articles consacrés à ce jour à cette question, cf. en particulier: J. Pauwelyn, «The Concept of a «Continuing Violation» of an International Obligation: Selected Problems», *British Year Book of International Law*, vol. 66, 1995, p. 415-450; A. Buyse, «A Lifeline in Time — Non-Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR», *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, 2006, p. 63-88; A. Van Pachtenbeke et Y. Haeck, «From *De Becker* to *Varnava*: The State of Continuing Situations in the Strasbourg Case Law», *European Human Rights Law Review*, vol. 1, 2010, p. 47-58.

<sup>86</sup> A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, p. 221-228.

<sup>87</sup> Cf. *ibid.*, p. 223 et 225.

create, within the conceptual universe of international law, mechanisms of protection of the rights inherent to human beings, and *positive* obligations (of protection) on the part of the State, whose responsibility may be engaged by successive wrongful acts as well as omissions. There may well exist a causal connection between the original *facts* (a term which is not a synonym of *acts*) and subsequent acts or omissions of the State at issue, conforming a *continuing situation*.

75. In a recent case, that of *Varnava and Others v. Turkey* (2009), the ECHR was seized of a case concerning the forced disappearance of nine men in 1974. The Court was competent to examine complaints against Turkey pertaining to facts having occurred after 28 January 1987. In its judgment of 18 September 2009, the Grand Chamber of the ECHR pointed out that the mortal remains of one of the fatal victims were discovered in a mass grave in 2007, but there were no sighting or news of the other eight missing men since late 1974 until the present (para. 112).

76. The ECHR's Grand Chamber cross-referred to the case law on jurisdiction *ratione temporis* of its homologue, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in particular the leading case of this latter, the case *Blake v. Guatemala* (1998) (paras. 93-96, 138 and 147). The ECHR decided that there had been a *continuing violation* of Article 2 (right to life) and of Article 5 (right to liberty and security of the person) of the European Convention of Human Rights, on the account of the failure of the authorities of the Respondent State to conduct an effective investigation of the fate of the nine men who had disappeared in life-threatening circumstances (*dispositif*, paras. 4 and 6).

77. The Court, furthermore, found a *continuing violation* of Article 3 (freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment) of the European Convention, in respect of the Applicants (Operative Clause, para. 5)<sup>88</sup>. In addressing the continuing suffering of the relatives of the disappeared persons, the ECHR pondered:

“A disappearance is (. . .) characterized by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (. . .). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an ‘instantaneous’ act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation.” (Para. 148.)

<sup>88</sup> And cf. paras. 194 and 208 of the judgment.

tés relatifs à la protection des droits de l'homme qui créent, dans le cadre de l'univers conceptuel du droit international, des mécanismes de protection des droits inhérents aux êtres humains, ainsi que des obligations *positives* (de protection) à la charge de l'Etat, dont la responsabilité peut être engagée à la suite d'actes illicites ou omissions successifs. Il peut exister un lien de causalité entre les *faits* d'origine (un terme qui n'est pas synonyme de celui d'*actes*) et les actes ou omissions ultérieurs de l'Etat en question, constituant une *situation continue*.

75. Dans une affaire récente, celle de *Varnava et autres c. Turquie* (2009), les faits dont la CEDH était saisie concernaient la disparition forcée de neuf hommes en 1974. La Cour était compétente pour connaître de requêtes déposées contre la Turquie portant sur des faits survenus après le 28 janvier 1987. Dans son arrêt du 18 septembre 2009, la Grande chambre de la CEDH indiquait que la dépouille de l'une des victimes fatales avait été découverte dans un charnier en 2007, mais que les huit autres hommes portés disparus n'avaient plus été vus depuis la fin de 1974 (par. 112).

76. La Grande chambre de la CEDH citait la jurisprudence de son homologue, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), concernant la compétence *ratione temporis*, en particulier son arrêt de principe rendu dans l'affaire *Blake c. Guatemala* (1998) (par. 93-96, 138 et 147). La CEDH jugea qu'il y avait *violation continue* de l'article 2 (droit à la vie) et de l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté) de la convention européenne des droits de l'homme, à raison de la non-réalisation par les autorités de l'Etat défendeur d'une enquête effective sur le sort des neuf hommes disparus dans des circonstances mettant leur vie en danger (dispositif, par. 4 et 6).

77. La Cour constata en outre une *violation continue* de l'article 3 (interdiction de la torture et des autres traitements ou peines inhumains ou dégradants) de la convention européenne à l'égard des requérants (dispositif, par. 5)<sup>88</sup>. En examinant les souffrances continues des proches des personnes disparues, la CEDH déclara :

« Une disparition ... se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'informations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis. ... Cette situation dure souvent très longtemps, prolongeant par là même le tourment des proches de la victime. Dès lors, on ne saurait ramener une disparition à un acte ou événement « instantané » ; l'élément distinctif supplémentaire que constitue le défaut ultérieur d'explications sur ce qu'il est advenu de la personne disparue et sur le lieu où elle se trouve engendre une situation continue. » (Par. 148.)

<sup>88</sup> Cf. également par. 194 et 208 de l'arrêt.



78. In the same judgment, the ECHR further observed, in relation to the continuing violation of Article 3 of the Convention, that

“The length of time over which the ordeal of the relatives has been dragged out and the attitude of official indifference in face of their acute anxiety to know the fate of their close family members discloses a situation attaining the requisite level of severity. There has, accordingly, been a breach of Article 3 in respect of the applicants.” (Para. 202.)

The ECHR insisted on its warning, in the context of the case at issue, as to the impact of the *passing* of time in legal relations (para. 161), and asserted the obligation “to take due measures to protect the lives of the wounded, prisoners of war, or civilians in zones of international conflict”, a duty which extends to “providing an effective investigation for those who disappeared in such circumstances” (which had not been provided in the *cas d’espèce* — para. 174).

79. Earlier on, on the other side of the Atlantic, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in its leading case on competence *ratione temporis*, that of *Blake v. Guatemala* (1996-1999), referred to by its European homologue, the ECHR (*supra*), was faced with the case of a forced disappearance of a person (Mr. N. C. Blake), which began in March 1985 and extended to June 1992, when his mortal remains were found. In the meantime, the Respondent State recognized the compulsory jurisdiction of the Court on 9 March 1987, with regard to facts subsequent to this date. The Respondent State raised a preliminary objection of the Court’s lack of competence *ratione temporis*.

80. The IACtHR, in its judgment on preliminary objections (of 2 July 1996), considered that the forced disappearance implied violations of several human rights, some of which “may be prolonged continuously or permanently until such time as the victim’s fate or whereabouts are established” (para. 39). The IACtHR found itself competent *ratione temporis* to examine, not the violations of the rights to life and personal liberty of the disappeared person, but their subsequent effects on their close relatives. Thus, in its judgment on the merits of the case (of 24 January 1998), the IACtHR considered the forced disappearance of Mr. N. C. Blake as marking the beginning of a “continuing situation” in breach of his close relatives’ right to judicial protection (access to justice) and to a fair trial; the Court established the Respondent State’s responsibility for those breaches — for lack of effective investigation, prosecution and sanction, of those responsible for Mr. N. C. Blake’s disappearance and death.

81. In my separate opinion in the IACtHR’s judgments on preliminary objections (para. 14) as well as on reparations (para. 24), I deemed it fit to draw attention to the impact of the legal conceptualization of a “continuing situation” upon traditional postulates of the law of treaties, and called for the *humanization* of international law, to start and advance

78. Dans le même arrêt, la CEDH observait ensuite, en ce qui concerne la violation continue de l'article 3 de la convention :

« Compte tenu de la durée des épreuves subies par les proches des disparus et de l'attitude d'indifférence que les autorités opposent à leur angoisse extrême quant au sort des intéressés, la Cour estime que la situation atteint un niveau de gravité suffisant pour tomber sous le coup de l'article 3. Partant, elle conclut à la violation de cette disposition dans le chef des requérants. » (Par. 202.)

La CEDH insistait sur sa mise en garde, dans le contexte de l'espèce, quant à l'incidence de l'*écoulement* du temps dans les rapports juridiques (par. 161) et énonçait l'obligation de « prendre les mesures voulues pour protéger la vie des blessés, prisonniers de guerre et civils dans les zones de conflit international », un devoir qui englobait « l'obligation de mener une enquête effective concernant les personnes disparues en pareilles circonstances » (ce qui n'avait pas été fait en l'espèce : par. 174).

79. Avant cela, de l'autre côté de l'Atlantique, dans l'affaire *Blake c. Guatemala* (1996-1999), où elle rendit son arrêt de principe en matière de compétence *ratione temporis* cité par son homologue européenne, la CEDH (*supra*), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) eut à connaître de la disparition forcée d'une personne (M. N. C. Blake), qui avait commencé en mars 1985 et s'était poursuivie jusqu'en juin 1992, lorsque sa dépouille fut découverte. Entre-temps, le 9 mars 1987, l'Etat défendeur avait reconnu la juridiction obligatoire de la Cour pour des faits postérieurs à cette date. L'Etat défendeur souleva une exception préliminaire en faisant valoir le défaut de compétence *ratione temporis* de la Cour.

80. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires (du 2 juillet 1996), la CIDH jugea que la disparition forcée impliquait des violations de plusieurs droits de l'homme, dont certaines « pouvaient se prolonger de manière continue ou permanente jusqu'au moment où le sort de la victime ou le lieu où elle se trouvait seraient déterminés » (par. 39). La CIDH se reconnut compétente *ratione temporis* pour connaître non pas des violations des droits à la vie et à la liberté individuelle de la personne disparue, mais de leurs effets ultérieurs sur les proches de cette dernière. Ainsi, dans son arrêt sur le fond (du 24 janvier 1998), la CIDH considéra la disparition forcée de M. N. C. Blake comme le point de départ d'une « situation continue » constitutive d'une violation du droit de ses proches à une protection juridictionnelle (accès à la justice) et à un procès équitable ; la Cour retint la responsabilité de l'Etat défendeur à raison de ces manquements, à cause de l'absence d'enquête, de poursuites et de sanctions effectives concernant les personnes responsables de la disparition et de la mort de M. N. C. Blake.

81. Dans mon opinion individuelle jointe aux arrêts de la CIDH sur les exceptions préliminaires (par. 14) et sur les réparations (par. 24), j'avais cru devoir attirer l'attention sur l'incidence de la consécration de la « situation continue » comme concept juridique sur les postulats traditionnels du droit des traités et avais appelé à l'*humanisation* du droit

precisely in that chapter, so much impregnated with State voluntarism and with undue weight attributed to the forms and manifestations of consent as the law of treaties has been. In any case, I added, in my separate opinion in the IACtHR's judgment on reparations (of 22 January 1999), that that process of humanization was already in course, with the insertion, into the first Vienna Convention on the Law of Treaties (1969, and also into the second, 1986), of the provisions on *jus cogens* (Articles 53 and 64), as well as the humanitarian provision of Article 60, paragraph 5, a true safeguard clause in defence of the human being (paras. 30-32).

82. Moreover, in my separate opinion in the IACtHR's judgment on the merits (para. 38) of the same *Blake* case, I further turned attention to the enlargement of the notion of *victim* of violations of the protected rights (due to the continuing suffering of the close relatives of the forcefully disappeared person, para. 38). At last, in my separate opinion in the following judgment on reparations, I turned attention also to the element of *intemporality* proper to the international protection of rights inherent to the human person, a protection which is thus intended to apply in all circumstances and at all times, without temporal limitations (paras. 4 and 45).

83. In sum, the notion of continuing situation has been upheld in the case law of both the ECHR and the IACtHR, on the basis of a careful examination of the circumstances of each *cas d'espèce*. The two international human rights tribunals have been careful to avoid generalizations and to set up general criteria for the identification of *continuing situations*. Notwithstanding, they have both at times established the existence of continuing situations, without prejudice of juridical security. They have thereby contributed to the fulfillment of the object and purpose of the European and the American Conventions on Human Rights. Given the nature of certain cases — such as the present case concerning *Jurisdictional Immunities of the State* (opposing Germany to Italy) — nowadays lodged with the ICJ, which concern not only the rights of States, but have a direct incidence also on the fundamental rights of the human person, it is, in my view, high time for the Hague Court, also known as the World Court, to become more attentive to the notion of *continuing situation* as it has been developing in public international law and the international law of human rights over the last decades.

#### IX. THE CONFIGURATION OF A “CONTINUING SITUATION” IN INTERNATIONAL LEGAL CONCEPTUALIZATION AT NORMATIVE LEVEL

84. The notion of a “continuing situation” has marked its presence not only at jurisprudential level, but also at normative level. Two elements

international, qui devait commencer et progresser précisément dans ce domaine si marqué par le volontarisme étatique et par l'importance indûment attachée aux formes et aux manifestations du consentement qu'était le droit des traités. En tout état de cause, ajoutais-je dans mon opinion individuelle jointe à l'arrêt de la CIDH sur les réparations (du 22 janvier 1999), ce processus d'humanisation était déjà en cours suite à l'insertion, dans la première convention de Vienne sur le droit des traités (de 1969, ainsi que dans la seconde, de 1986), des dispositions sur le *jus cogens* (art. 53 et 64), ainsi que de la disposition humanitaire de l'article 60, paragraphe 5, une véritable clause de sauvegarde visant à la protection de l'être humain (par. 30-32).

82. De surcroît, dans mon opinion individuelle jointe à l'arrêt de la CIDH sur le fond (par. 38) dans ladite affaire *Blake*, j'attirais également l'attention sur l'élargissement de la notion de *victime* des violations des droits protégés (du fait de la souffrance continue des proches de la personne ayant fait l'objet d'une disparition forcée : par. 38). Enfin, dans mon opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu ultérieurement sur les réparations, j'attirais également l'attention sur l'élément *intemporel* propre à la protection internationale des droits inhérents à la personne humaine, une protection qui a dès lors vocation à s'appliquer en toutes circonstances et à tout moment, sans limitations temporelles (par. 4 et 45).

83. En somme, tant dans la jurisprudence de la CEDH que dans celle de la CIDH, la notion de situation continue a été retenue sur la base d'un examen attentif des circonstances de chaque espèce. Les deux juridictions internationales en matière de droits de l'homme ont fait preuve de prudence en évitant les généralisations et en définissant des critères généraux pour l'identification des *situations continues*. Néanmoins, elles ont toutes deux parfois constaté l'existence de situations continues sans préjudice de la sécurité juridique. Elles ont de ce fait contribué à la réalisation de l'objet et du but des conventions européenne et américaine des droits de l'homme. Etant donné la nature de certaines espèces, telles que la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (opposant l'Allemagne à l'Italie) dont la CIJ est actuellement saisie, qui ne concernent pas uniquement les droits des Etats mais ont également des incidences directes sur les droits fondamentaux de la personne humaine, j'estime qu'il est grand temps que la Cour de La Haye, également appelée «Cour mondiale», prête davantage d'attention à la notion de *situation continue* telle qu'elle a évolué en droit international public et en droit international des droits de l'homme au cours de ces dernières décennies.

#### IX. LA FORMATION ET LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA «SITUATION CONTINUE» COMME CONCEPT DE DROIT INTERNATIONAL AU NIVEAU NORMATIF

84. La notion de «situation continue» est apparue non seulement en jurisprudence, mais également au niveau normatif. Deux éléments ont

marked their presence in its configuration in law-making exercises, namely, first, the acknowledgment of the time factor, the inter-temporal dimension, stretching from the *fait générateur* to the whole period of persistence of the continuing situation; and, secondly, the *effects* that such a situation may have on the victims, which, in case of grave breaches of human rights, constitute an *aggravating* circumstance. It is, however, beyond the purpose of the present dissenting opinion to embark on an examination of this second element. Examples of the conceptualization of a “continuing situation” at normative level exist in regional as well as universal (United Nations) levels.

85. At regional level, the 1994 Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons conceptualizes the forced disappearance of persons as, *inter alia*, an offence which “shall be deemed continuous or permanent as long as the fate or whereabouts of the victim has not been determined” (Article III). Taking this provision of the 1994 Inter-American Convention into account, in my aforementioned separate opinion in the IACtHR’s Judgment on the merits of the *Blake* case (of 24 January 1998), I pondered that

“forced disappearance of person is, first of all, a *complex* form of violation of human rights; secondly, a particularly *grave* violation; and thirdly, a *continuing or permanent violation* (until the fate or whereabouts of the victim is established). In fact, the continuing situation (. . .) is manifest in the crime of forced disappearance of persons. As pointed out in this respect, in the *travaux préparatoires* of the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons,

“This crime is permanent in so far as it is committed not in an instantaneous way but permanently, and is prolonged as long as the person remains disappeared”<sup>89</sup>.

Such consideration was duly reflected in Article III of the Convention (*supra*).” (Para. 9).

86. At universal level, likewise, the 2006 UN International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, on its part, expressly refers to the “continuous nature” of the offence of enforced disappearance of persons (Article 8, paragraph 1 (*b*)). The same conception was adopted, fourteen years earlier, in the 1992 UN Declaration on the Protection of All Persons against Forced Disappearances of 1992, which, after pointing out the gravity of the crime of forced disappearance of person (Article 1 (1)), likewise warned that this latter ought to be

<sup>89</sup> OEA/CP-CAJP, *Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, of 25 January 1994, p. 10.

caractérisé sa consécration dans le cadre des activités normatives, à savoir, premièrement, la reconnaissance du facteur temporel, la dimension intertemporelle qui se prolonge depuis le fait générateur sur toute la période pendant laquelle la situation continue perdure; et, deuxièmement, les *effets* possibles d'une telle situation sur les victimes, qui constituent une circonstance *aggravante* en présence de violations graves des droits de l'homme. Néanmoins, une analyse de ce deuxième élément irait au-delà du but de la présente opinion dissidente. Des exemples de la consécration du concept de «situation continue» sur le terrain normatif existent tant au niveau régional qu'au niveau universel (Nations Unies).

85. Au niveau régional, la convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes définit le concept de disparition forcée des personnes comme constituant, entre autres, un délit qui «est considéré comme continu ou permanent tant que la destination de la victime ou le lieu où elle se trouve n'ont pas été déterminés» (article III). En tenant compte de cette disposition de la convention interaméricaine de 1994, je formulais les réflexions suivantes dans mon opinion individuelle susmentionnée jointe à l'arrêt de la CIDH sur le fond dans l'affaire *Blake* (du 24 janvier 1998):

«la disparition forcée d'une personne représente, tout d'abord, une forme *complexe* de violation des droits de l'homme; deuxièmement, une violation particulièrement *grave*; et, troisièmement, une *violation continue ou permanente* (qui se poursuit tant que le sort de la victime ou le lieu où elle se trouve n'ont pas été déterminés). En réalité, la situation continue ... est patente dans le cadre de l'infraction de disparition forcée de personnes. Comme il fut souligné à cet égard dans le cadre des travaux préparatoires de la convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes:

«Cette infraction est continue dans la mesure où elle n'a pas été commise de manière instantanée mais de façon permanente et se prolonge tant que la personne est portée disparue»<sup>89</sup>.

Cette considération se trouvait dûment reflétée à l'article III de la convention (*supra*).» (Par. 9.)

86. De même, au niveau international, la convention des Nations Unies de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées se réfère de son côté expressément au «caractère continu» du crime de disparition forcée de personnes (art. 8, par. 1, al. *b*)). La même conception avait été retenue, quatorze ans plus tôt, dans le cadre de la déclaration des Nations Unies de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées qui, après avoir souligné la gravité du crime de disparition forcée de personnes (art. 1,

<sup>89</sup> OEA/CP-CAJP, *Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, du 25 janvier 1994, p. 10.

“considered a permanent crime while its authors continue concealing the fate or whereabouts of the disappeared person and while the facts have not been clarified” (Article 17 (1)).

87. May it further be recalled that, two decades earlier, still at the UN level, ECOSOC resolution 1503 (XLVIII), of 27 May 1970, established a (confidential) procedure to investigate situations revealing a “*consistent pattern* of violations of human rights”. These latter were essentially *continuing situations* (e.g., those brought about State policies of racial discrimination). This is yet another example of the international legal conceptualization, at normative level, of the configuration of a “continuing situation” in breach of human rights.

88. Yet, in so far as the notion of “continuing situation” is concerned, in the international law of human rights, in particular, *international case law preceded law-making*. Once again, in my same separate opinion in the *Blake* case (merits), I further pointed out that

“Long before the typification of the forced disappearance of person in the international law of human rights, the notion of ‘*continuing situation*’ found support in the international case law in the domain of human rights. Thus, already in the *De Becker v. Belgium* case (1960), the European Commission of Human Rights, for example, recognized the existence of a ‘continuing situation’ (*situation continue/situación continuada*)<sup>90</sup>. Ever since, the notion of ‘continuing situation’ has marked presence in the case law of the European Commission, on numerous occasions<sup>91</sup>. The *continuity* of each situation appears — as the European Commission has expressly warned in the *Cyprus v. Turkey* case (1983) — as an *aggravating* circumstance of the violation of human rights proven in the *cas d’espèce*.”<sup>92</sup> (Para. 11.)

89. A “continuing situation” may well occur with certain breaches of

<sup>90</sup> Cf., Cour européenne des droits de l’homme, *Affaire De Becker* (série B: *Mémoires, Plaidoiries et Documents*), Strasbourg, C.E., 1962, pp. 48-49 (*Rapport de la Commission*, 8 January 1960).

<sup>91</sup> Cf., e.g., the decisions of the former European Commission of Human Rights concerning the petitions Nos. 7202/75, 7379/76, 8007/77, 7742/76, 6852/74, 8560/79, 8613/79, 8701/79, 8317/78, 8206/78, 9348/81, 9360/81, 9816/82, 10448/83, 9991/82, 9833/82, 9310/81, 10537/83, 10454/83, 11381/85, 9303/81, 11192/84, 11844/85, 12015/86, and 11600/85, among others.

<sup>92</sup> In its Report of 4 October 1983 in the *Cyprus v. Turkey* case (petition No. 8007/77) the European Commission concluded that the *continuing separation of families* (as a result of the refusal of Turkey to allow the return of Greek Cypriots in order to reunite themselves with their next of kin in the North) constituted an “aggravating factor” of a *continuing situation* in violation of Article 8 of the European Convention of Human Rights. European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, Vol. 72, pp. 6 and 41-42.

par. 1), relevait également que l'acte en question devrait «continue[r] d'être considéré comme un crime aussi longtemps que ses auteurs dissimule[raie]nt le sort réservé à la personne disparue et le lieu où elle se trouv[ait] et que les faits n'[auraie]nt pas été élucidés» (art. 17, par. 1).

87. Il convient également de rappeler que, deux décennies plus tôt, toujours au niveau des Nations Unies, la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social du 27 mai 1970 avait mis en place une procédure (confidentielle) en vue de la conduite d'enquêtes sur des situations faisant état d'un «ensemble de violations ... des droits de l'homme». Ces violations représentaient pour l'essentiel des *situations continues* (comme, par exemple, celles causées par des politiques de discrimination raciale des Etats). Cela constitue un exemple de plus de la consécration, au niveau normatif, de la notion de «situation continue» de violations des droits de l'homme comme concept de droit international.

88. Pourtant, pour ce qui est de la notion de «situation continue», en particulier en droit international des droits de l'homme, *la jurisprudence internationale a précédé l'œuvre normative*. Toujours dans mon opinion individuelle dans l'affaire *Blake* (fond), je soulignais également que

«Bien avant la consécration de la disparition forcée de personnes en droit international des droits de l'homme, la notion de «situation continue» avait été accueillie dans la jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *De Becker c. Belgique* (1960), la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà reconnu l'existence d'une «situation continue» (*continuing situation/situación continuada*)<sup>90</sup>. Depuis lors, la notion de «situation continue» a réapparu à de nombreuses reprises dans la jurisprudence de la Commission européenne<sup>91</sup>. Le caractère continu de chaque situation est considéré, comme la Commission européenne l'a expressément relevé dans l'affaire *Chypre c. Turquie* (1983), comme une circonstance *aggravante* de la violation des droits de l'homme prouvée dans le cas d'espèce.»<sup>92</sup> (Par. 11.)

89. Si une «situation continue» peut se présenter dans le cas de cer-

<sup>90</sup> Cf. Cour européenne des droits de l'homme, affaire *De Becker* (série B: *Mémoires, Plaidoiries et Documents*), Strasbourg, C.E., 1962, p. 48-49 (*Rapport de la Commission* du 8 janvier 1960).

<sup>91</sup> Cf. par exemple, entre autres, les décisions de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme concernant les requêtes n<sup>os</sup> 7202/75, 7379/76, 8007/77, 7742/76, 6852/74, 8560/79, 8613/79, 8701/79, 8317/78, 8206/78, 9348/81, 9360/81, 9816/82, 10448/83, 9991/82, 9833/82, 9310/81, 10537/83, 10454/83, 11381/85, 9303/81, 11192/84, 11844/85, 12015/86 et 11600/85.

<sup>92</sup> Dans son rapport du 4 octobre 1983 en l'affaire *Chypre c. Turquie* (requête n<sup>o</sup> 8007/77), la Commission européenne a conclu que la séparation persistante des familles (à la suite du refus de la Turquie d'autoriser le retour des Chypriotes grecs souhaitant rejoindre leurs proches dans le Nord) constituait un «facteur aggravant» d'une situation continue constitutive d'une violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 72, p. 6 et 41-42.



human rights, but not all of them. Many of such breaches are “instantaneous acts”, such as, e.g., summary and extra-legal executions. But there are some breaches which are continuous, and forced disappearance of persons is not the only one. There may also occur a continuing denial of justice: rather often, there are unreasonable and prolonged delays that end up constituting a continuing denial of justice. As the time of human beings is not the time of human justice<sup>93</sup>, rather often the justiciable ones have to wait a great many years — not seldom a whole lifetime — for justice to be done, if at all. Lawyers, nationally and internationally, know this far too well.

90. In sum, no tribunal — national or international — can today overlook the notion of a “continuing situation”, not even the World Court. This notion has in recent years found international legal conceptualization not only in international human rights protection, but also in domains of public international law. To recall but one example, Article 14 (on “Extension in time of the breach of an international obligation”) of the *Articles on State Responsibility* (2001) of the UN International Law Commission (ILC) provides that

“1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.

3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.”

91. The work of the ILC on its adopted *Articles on State Responsibility*, in this particular respect, took due note of the contribution of the IACtHR’s decision in the *Blake* case (*supra*)<sup>94</sup> on the matter at issue. The ILC, furthermore, acknowledged the temporal element (the extension in time) when it addressed the consequences of a serious breach of

<sup>93</sup> On this specific point (and in relation to universal jurisdiction), cf. my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Order of 28 May 2009*, *I.C.J. Reports 2009*, pp. 179-180 and 182-188, paras. 39 and 46-64.

<sup>94</sup> Cf. J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2005 [reprint], p. 136, and cf., pp. 251-252.

taines violations des droits de l'homme, cela ne vaut pas pour toutes les violations de tels droits. Un grand nombre de ces violations constituent des «actes instantanés», comme par exemple les exécutions sommaires et extrajudiciaires. Or il est des violations qui sont continues et la disparition forcée de personnes n'est pas le seul manquement de ce type. Un déni de justice continu est également possible. Ces situations, plutôt fréquentes, représentent des retards déraisonnables et prolongés aboutissant à un déni de justice continu. Le temps des êtres humains n'étant pas celui de la justice humaine<sup>93</sup>, il n'est point rare que les justiciables aient à attendre de longues années — souvent toute une vie humaine — pour voir éventuellement la justice triompher. Les juristes, fussent-ils nationaux ou internationaux, ne le savent que trop bien.

90. En somme, aucune juridiction, fût-elle nationale ou internationale, ne saurait de nos jours négliger la notion de «situation continue», y compris la Cour internationale de Justice. Cette notion a été consacrée, au cours de ces dernières années, comme concept de droit international non seulement dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, mais également dans les domaines du droit international public. Pour ne citer qu'un exemple, l'article 14 («Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale») des *Articles sur la responsabilité de l'Etat* (2001) de la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) prévoit:

«1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. 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.

3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.»

91. Les travaux de la CDI concernant les *Articles sur la responsabilité de l'Etat* qu'elle a adoptés ont dûment tenu compte à cet égard de l'apport de l'arrêt de la CIDH en l'affaire *Blake (supra)*<sup>94</sup> sur cette question. La CDI a en outre reconnu l'élément temporel (l'extension dans le temps) lorsqu'elle a examiné les conséquences d'une violation grave d'une

<sup>93</sup> Sur ce point précis (et à propos de la compétence universelle), cf. mon opinion dissidente dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 179-180 et 182-188, par. 39 et 46-64.

<sup>94</sup> Cf. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2005 (réimpr.), p. 136, et cf. p. 251-252.

an obligation under international law (Article 41 (3)), with a direct bearing on the State's duty to cease such consequences and to provide reparation.

#### X. THE "CONTINUING SITUATION" IN THE PRESENT CASE

92. In the present case before the ICJ (original claim and counter-claim), there is no dispute between Germany and Italy concerning the *facts* of the Second World War and the *facts* extending up to the celebration of the two 1961 Agreements celebrated between them. Therefore, the waiver of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty between the Allied Powers and Italy cannot possibly be invoked as a ground for establishing the lack of jurisdiction *ratione temporis* of the ICJ to entertain Italy's counter-claim. This latter, according to Italy<sup>95</sup>, pertains to the dispute as to the facts ranging from the celebration of the two 1961 Agreements onwards until the present time.

93. This being the triggering point of the alleged "continuing situation" in the *cas d'espèce*, nor can the provision of Article 27 (a)<sup>96</sup> of the 1957 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes be possibly invoked as a ground for determining the lack of jurisdiction *ratione temporis* of the ICJ to entertain Italy's counter-claim. The notion of "continuing situation" was not at all invoked to bring the triggering point back to the occurrences of 1943-1945 in the Second World War; quite on the contrary, it pertained to the right to reparation for war crimes, being an element to be taken into account by the Court as from the new continuing situation generated by the celebration of the two Agreements of 1961 onwards, as it ensues from the contentions of the Parties in the original claim and the counter-claim and all arguments relating thereto.

94. The finding of the Court's majority of lack of jurisdiction *ratione temporis* leading to the admissibility of the counter-claim thus requires demonstration. The submissions contained in Italy's counter-claim, and the arguments as to the law submitted by the contending Parties to this Court, in my understanding fall entirely within the Court's jurisdiction *ratione temporis*, and the Court should, thereby, in my view, have declared the counter-claim admissible. To make my own position quite clear, I shall next examine the scope of the present dispute before the ICJ, and turn then attention to those I regard as the true bearers (*titulaires*) of the originally violated rights, against the background of what I devise as the pitfalls of State voluntarism.

<sup>95</sup> Observations of Italy . . . , *op. cit. supra* note 53, pp. 7, 9-10, 15 and 25, paras. 13, 21, 35 and 64; Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), p. 129, para. 7.4.

<sup>96</sup> Cf., text *cit.* in note 46, *supra*.

obligation prévue par le droit international (art. 41, par. 3), ayant des incidences directes sur le devoir d'un Etat de mettre fin à ces conséquences et d'accorder une réparation.

#### X. LA «SITUATION CONTINUE» EN L'ESPÈCE

92. Dans la présente affaire portée devant la CIJ (demande initiale et demande reconventionnelle), il n'existe pas de différend entre l'Allemagne et l'Italie au sujet des *faits* de la seconde guerre mondiale et des *faits* se prolongeant jusqu'à la conclusion des deux accords de 1961 entre ces deux pays. Pour cette raison, la clause de renonciation prévue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 entre les Puissances alliées et l'Italie ne saurait être invoquée comme établissant le défaut de compétence *ratione temporis* de la CIJ pour connaître de la demande reconventionnelle de l'Italie. D'après cette dernière<sup>95</sup>, ladite demande a trait au différend concernant les faits qui se prolongent depuis la conclusion des deux accords de 1961 jusqu'à présent.

93. Comme c'était là le point de départ de la «situation continue» alléguée en l'espèce, la disposition de l'alinéa *a*) de l'article 27<sup>96</sup> de la convention de 1957 pour le règlement pacifique des différends ne saurait davantage être invoquée comme cause d'incompétence *ratione temporis* de la CIJ pour connaître de la demande reconventionnelle de l'Italie. La notion de «situation continue» n'a point été invoquée pour affirmer que le point de départ remonterait aux événements de 1943-1945, pendant la seconde guerre mondiale; elle touchait, bien au contraire, le droit à réparation à raison des crimes de guerre, qui constitue un élément devant être pris en compte par la Cour à partir de la nouvelle situation continue créée par la conclusion des deux accords à compter de 1961, comme il ressort des affirmations des Parties dans la demande initiale et dans la demande reconventionnelle et de tous les arguments y afférents.

94. La conclusion de la majorité en faveur de l'incompétence *ratione temporis* de la Cour et, partant, de l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle nécessite donc d'être démontrée. Les conclusions contenues dans la demande reconventionnelle de l'Italie et les moyens de droit invoqués par les Parties devant la Cour relèvent, à mon avis, pleinement de la compétence *ratione temporis* de celle-ci. J'estime dès lors que la Cour aurait dû déclarer la demande reconventionnelle recevable. Afin de bien clarifier ma position, j'examinerai ci-après l'étendue du présent différend soumis à la Cour et je porterai ensuite mon attention sur ceux que je considère comme les véritables titulaires des droits initialement violés, dans le contexte de ce que j'appelle «les écueils du volontarisme étatique».

<sup>95</sup> Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 7, 9-10, 15 et 25, par. 13, 21, 35 et 64; contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 129, par. 7.4.

<sup>96</sup> Cf. texte cité *supra*, note 46.

## XI. THE SCOPE OF THE PRESENT DISPUTE BEFORE THE COURT

95. Already in the dawn of its era, the PCIJ spelled out its characterization of a “dispute”, in the well-known *obiter dictum* in its Judgment of 20 August 1924 in the case of the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (Greece v. United Kingdom), in the following terms: “A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.”<sup>97</sup> The present case (original claim and counter-claim), opposing Germany to Italy, fits well into this characterization. There is here a dispute between Italy and Germany concerning the law (not the facts). The facts are not in dispute. There is here a conflict of their legal views on a claim of State immunity in face of claims of war reparations. This is the bone of contention between Germany and Italy.

96. A *contentieux* on reparations does not have a “subsidiary” nature in relation to the *faits générateurs* of the international responsibility of States. It has a dynamic of its own. Thus, besides the initial engagement of State responsibility by its *faits générateurs* (the events of 1943-1945, not controverted here), responsibility may *ex hypothesi* be again engaged in case of lack of due reparation, as a separate and additional breach of international law. It will depend whether there is State immunity or not, a point which is beyond the scope of the present Order. Yet, we are here, within the scope of the present Order, before a *contentieux* opposing a vindication of State immunities to vindications of war reparations. The original claim and the counter-claim are ineluctably intertwined.

97. The duty of reparation emanates from a fundamental principle of international law, acknowledged by the PCIJ in its early years in the *Factory at Chorzów* case (Germany v. Poland). In its Judgment on jurisdiction of 26 July 1927, it asserted that “it is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form”<sup>98</sup>. And in its Judgment on the merits (in the same case) of 13 September 1928, it reiterated that “it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation”<sup>99</sup>.

98. Likewise, early in its era, the ICJ itself had the occasion to reassert this “principle of international law” (involving a duty to provide reparation). In its historical Advisory Opinion on *Reparation for Injuries Suf-*

<sup>97</sup> *Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J. Series A, No. 2*, p. 11.

<sup>98</sup> *Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J. Series A, No. 9*, p. 21.

<sup>99</sup> *Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J. Series A, No. 17*, p. 29.

## XI. L'ÉTENDUE DU PRÉSENT DIFFÉREND SOUMIS À LA COUR

95. Déjà à ses débuts, dans le célèbre *obiter dictum* de son arrêt du 20 août 1924 rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), la CPJI avait donné la définition suivante de la notion de «différend»: «Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes.»<sup>97</sup> La présente affaire (demande initiale et demande reconventionnelle) opposant l'Allemagne à l'Italie correspond bien à cette définition. Il existe en l'espèce un différend entre l'Italie et l'Allemagne concernant un point de droit (et non pas les faits). Ces derniers ne sont pas contestés. Ce sont les conceptions juridiques des Parties quant à l'invocation de l'immunité de l'Etat en présence de revendications concernant des réparations de guerre qui divergent en l'espèce. C'est là que réside le désaccord entre l'Allemagne et l'Italie.

96. Un litige en matière de réparations ne revêt pas un caractère «subsidaire» par rapport aux faits générateurs de la responsabilité internationale des Etats. Il possède sa dynamique propre. Ainsi, à part l'engagement initial de la responsabilité de l'Etat à raison de ses faits générateurs (les événements de 1943-1945, qui ne sont pas contestés en l'espèce), la responsabilité peut encore, par hypothèse, être engagée à raison de l'absence de la réparation due, constituant un manquement distinct et supplémentaire au droit international. La question de savoir si l'immunité de l'Etat existe ou non sera un facteur à cette fin; or elle se trouve en dehors du champ de la présente ordonnance de la CIJ. Nous sommes néanmoins confrontés, dans le cadre du champ de la présente ordonnance, à un litige opposant une revendication en matière d'immunités de l'Etat à des revendications en matière de réparations de guerre. La demande initiale et la demande reconventionnelle sont inévitablement liées.

97. Le devoir de réparation découle d'un principe fondamental du droit international reconnu par la CPJI à ses débuts, dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne). Dans son arrêt sur la compétence du 26 juillet 1927, elle affirmait que «[c]'[était]t un principe de droit international que la violation d'un engagement entraî[ait] l'obligation de réparer dans une forme adéquate»<sup>98</sup>. Et, dans son arrêt sur le fond (dans la même affaire) du 13 septembre 1928, elle déclarait de nouveau: «c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer»<sup>99</sup>.

98. La CIJ eut également de bonne heure l'occasion de réaffirmer ce «principe de droit international» (comportant un devoir de réparation). Dans son avis consultatif historique sur la *Réparation des dom-*

<sup>97</sup> Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11.

<sup>98</sup> Compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21.

<sup>99</sup> Fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 29.

ferred in the Service of the United Nations (of 11 April 1949); it added therein that in “claiming reparation based on the injury suffered by its agent, the Organization does not represent the agent, but is asserting its own right, the right to secure respect for undertakings entered into towards the Organization” (*I.C.J. Reports 1949*, p. 184). The Organization vindicates its own right to reparation, not that of its agent. Its own right is distinct from those of its agents. Likewise, a State’s right is distinct from the rights of individuals subject to its jurisdiction.

99. Other contemporary international jurisdictions have also had the occasion to acknowledge that a *contentieux* of reparations has its own dynamics, distinct from that of the *contentieux* as to the merits of the cases at issue, however complementary they may be. In recent years, the Inter-American Court of Human Rights has faced successive cases of (total or partial) recognition of international responsibility by the Respondent States, which, in cases of total or integral recognition, has allowed the Court to move on straight to the *contentieux* of reparations<sup>100</sup>. This latter followed its own dynamics, clearly separate from the original *faits générateurs* of the international responsibility of the State concerned, in relation to which controversy had ceased to exist. Controversy existed only in relation to the claims as to the reparations due.

100. The present case concerning *Jurisdictional Immunities of the State* before the ICJ is an inter-State *contentieux* between Germany and Italy, concerning their opposing claim and counter-claim, of State immunity and war reparations, respectively. Such interrelated claims are two faces of the same coin. By dismissing one of the claims by means of the present Order, the Court’s majority deprived the Court of the examination and settlement of the dispute in its entirety. The *cas d’espèce* originated not in the events of the Second World War (1943-1945), but in the initiative of aggrieved individuals, in recent years, to seek justice before domestic tribunals.

## XII. THE TRUE BEARERS (*TITULAIRES*) OF THE ORIGINALLY VIOLATED RIGHTS AND THE PITFALLS OF STATE VOLUNTARISM

101. Individuals’ rights are not the same as their State’s right. How those individuals are to vindicate their rights is another matter, beyond

<sup>100</sup> Cf., e.g., Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), *Aloeboetoe and Others v. Suriname* case (Reparations, Judgment of 10 September 1993), Series C, No. 15; IACtHR, *Trujillo Oroza v. Bolivia* case (Reparations, Judgment of 27 February 2002), Series C, No. 92; IACtHR, *Goiburú and Others v. Paraguay* case ([Merits and] Reparations, Judgment of 22 September 2006), Series C, No. 153.

*mages subis au service des Nations Unies* (du 11 avril 1949), elle ajoutait que, «[e]n demandant une réparation fondée sur le préjudice subi par son agent, l'organisation ne représent[ait] pas cet agent; elle affirm[ait] son propre droit, le droit de garantir le respect des engagements contractés envers l'organisation» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 184). L'organisation fait valoir son propre droit de réparation, et non pas celui de son agent. Son droit propre est distinct de celui de ses agents. De même, le droit d'un Etat est distinct des droits des individus relevant de sa juridiction.

99. D'autres juridictions internationales contemporaines ont également eu l'occasion de reconnaître qu'un différend en matière de réparation possédait sa dynamique propre, distincte de celle du différend sur le fond des affaires en question, quoique complémentaire. Au cours de ces dernières années, la Cour interaméricaine des droits de l'homme eut à connaître d'affaires dans lesquelles les Etats défendeurs avaient reconnu (intégralement ou en partie) leur responsabilité internationale, ce qui, dans les cas de reconnaissance totale ou intégrale, avait permis à la Cour de s'occuper directement du contentieux sur les réparations<sup>100</sup>. Ce dernier possédait sa dynamique propre, nettement distincte des faits générateurs originaires de la responsabilité de l'Etat concerné, qui n'étaient plus en litige. Un différend n'existait que par rapport aux revendications concernant la réparation due.

100. La présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* introduite devant la CIJ représente un différend interétatique entre l'Allemagne et l'Italie, concernant la demande originaire et la demande reconventionnelle des Parties portant respectivement sur l'immunité de l'Etat et les réparations de guerre. De telles demandes étroitement liées représentent les deux facettes d'un même problème. En écartant l'une de ces demandes par la présente ordonnance, la majorité a privé la Cour de la possibilité d'examiner et de régler le différend dans sa totalité. Ce ne sont pas les événements de la seconde guerre mondiale (1943-1945) qui se trouvent à l'origine de l'espèce, mais l'initiative prise au cours de ces dernières années par des personnes lésées de saisir les juridictions internes pour chercher à ce que justice soit rendue.

## XII. LES VÉRITABLES TITULAIRES DES DROITS INITIALEMENT VIOLÉS ET LES ÉCUEILS DU VOLONTARISME ÉTATIQUE

101. Les droits de ces personnes ne se confondent pas avec celui de leur Etat. La question de savoir comment ces individus doivent faire

<sup>100</sup> Cf., par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), affaire *Aloe-boetoe et autres c. Suriname* (réparations, arrêt du 10 septembre 1993), série C, n° 15; CIDH, *Trujillo Oroza c. Bolivie* (réparations, arrêt du 27 février 2002), série C, n° 92; CIDH, *Goiburú et autres c. Paraguay* ([fond et] réparations, arrêt du 22 septembre 2006), série C, n° 153.



the scope of the present decision of the ICJ on the Italian counter-claim. And it is a question which, as a result of the unfortunate dismissal by the Court's majority of the counter-claim as "inadmissible as such", will now fall beyond the scope of the present dispute to be adjudicated by the Court at the merits stage. The Court will now address only the German claim of State immunity, in isolation. This is, in my view, much to be regretted, for the unique occasion which the Court has just failed to take up to settle the case while at the same time contributing to the progressive development of international law in this domain still surrounded by uncertainties, despite its utmost relevance for the *jus gentium* of our times.

### 1. The "Real Cause" of the Present Dispute

102. In the present Order, the Court's majority relies on the general waiver of Article 77 (4) the 1947 Peace Treaty between the Allied Powers and Italy. That was a general Peace Treaty, to which, by the way, Germany was not a party. The 1947 Treaty was general and wide in scope, a product of its time, of the aftermath of the Second World War. The waiver clause of its Article 7 (4), clearly turned to claims of a patrimonial character, is in general, *ma non troppo*: as general as it may be, it is not absolute.

103. The waiver clause in the 1947 Peace Treaty was directed, as its drafting terms disclose<sup>101</sup>, to claims of a patrimonial nature, rather than to all kinds of claims. By the time that waiver (Article 77 (4)) was enshrined by the Allied Powers and Italy into the Peace Treaty in 1947, they could not have anticipated that that waiver, however general it intended to be, could not extend over all the complexities of victimization in the Third Reich, such as the deportations and forced labour to which Italian nationals (individuals and not their State) had been subjected to by Nazi Germany between 1943 and 1945.

104. This *mens rea* is confirmed by the other paragraphs of Article 77

<sup>101</sup> Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty states:

"Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany, Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before September 1, 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all inter-governmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war."

valoir leurs droits est différente et se situe en dehors du champ de la présente décision de la CIJ concernant la demande reconventionnelle de l'Italie. Suite au rejet malencontreux de la demande reconventionnelle par la majorité de la Cour qui l'a déclarée «irrecevable comme telle», cette question restera aussi, désormais, en dehors du champ du présent différend devant être tranché par la Cour au stade du fond. La Cour n'examinera dorénavant, de façon isolée, que la demande de l'Allemagne concernant l'immunité de l'Etat. Il est à mon avis fort regrettable que la Cour ait laissé passé l'occasion unique qui s'offrait à elle de régler l'affaire tout en contribuant au développement progressif du droit international dans ce domaine encore entouré d'incertitudes en dépit de son importance cruciale pour le droit des gens contemporain.

### 1. La « cause réelle » du présent différend

102. Dans la présente ordonnance, la majorité de la Cour se fonde sur la clause de renonciation générale du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 entre les Puissances alliées et l'Italie. Il s'agissait là d'un traité de paix général, conclu entre les Puissances alliées et l'Italie et auquel l'Allemagne n'est d'ailleurs pas partie. Le traité de 1947 avait un domaine général et vaste et était le fruit de son époque, le lendemain de la seconde guerre mondiale. La clause de renonciation contenue au paragraphe 4 de son article 77, qui visait manifestement des revendications de nature patrimoniale, possède une portée générale, *ma non troppo*. Quelque générale qu'elle puisse être, elle n'est pas absolue.

103. La clause de renonciation du traité de paix de 1947 visait, comme son libellé l'indique<sup>101</sup>, des revendications de nature patrimoniale et non pas toutes sortes de revendications. A l'époque où cette clause de renonciation (le paragraphe 4 de l'article 77) fut incluse par les Puissances alliées et l'Italie dans le traité de paix de 1947, les Etats contractants n'étaient pas à même de prévoir que, quelque générale que fût son intention, la renonciation ne saurait couvrir tous les aspects complexes des persécutions à l'époque du III<sup>e</sup> Reich, tels que les déportations et le travail forcé auxquels les ressortissants italiens (les individus, et non leur Etat) furent soumis par l'Allemagne nazie entre 1943 et 1945.

104. Cette intention se trouve confirmée par les autres paragraphes de

<sup>101</sup> Aux termes du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 :

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

of the 1947 Peace Treaty, referring to: Italian *property* in Germany not being enemy property (Article 77 (1)); Italian *property* removed to Germany to be restituted to Italy (Article 77 (2)); new reference to Italian *property* in Germany (Article 77 (3)); transfer of German *assets* in Italy to Germany. This is the context into which the purported waiver of Article 77 (4) was inserted, in a provision endowed with an essentially patrimonial character. There is nothing whatsoever in Article 77 of the 1947 Peace Treaty, or in this latter as a whole (to which Germany was not a party), that can provide a basis for the Court's majority view that there is a "continuity" between the 1947 purported waiver and the waiver clauses in the two 1961 Agreements, or, worse still, that these latter would be an indemonstrable "improvement" of the former.

105. The subsequent adoption of the two 1961 Agreements, this time between Germany itself and Italy, bears witness of that. The PCIJ had already had the occasion to clarify that a dispute may well presuppose "the existence of some prior situation or fact", not controverted by the parties. A situation or fact in respect of which a dispute is considered to have arisen is to be seen as "the real cause of the dispute"<sup>102</sup>. The celebration of the two 1961 Agreements constitutes, in my view, the triggering point of a *new continuing situation*, containing the "real cause of the dispute", and projecting itself from then onwards into our days. Such dispute between Germany and Italy thus clearly falls within the jurisdiction of the Court *ratione temporis*, on the basis of Article 27 (a) of the 1957 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes.

## 2. Inconsistencies of State Practice

106. Claims of Italian nationals on the basis of German legislation on compensation for Nazi persecution victims were not encompassed by the waiver of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty, because of the provision "without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany". This provision, as just pointed out, was intended to apply to claims of a patrimonial nature (cf. *supra*). State responsibility for war crimes subsisted.

107. In fact, in this regard, the German *Bundesgerichtshof* (Supreme Court) itself, in a decision of 14 December 1955, interpreted the limited scope of the 1947 waiver clause, by reckoning that this latter had not brought about a final settlement of the matter given the wording of the clause, "without prejudice to (. . .) any (. . .) dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany" [*Decisions*

<sup>102</sup> *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgment, 1939, P.C.I.J. Series A/B, No. 77, p. 82.*

l'article 77 du traité de paix de 1947, concernant: les *biens* italiens en Allemagne qui n'étaient pas des biens ennemis (art. 77, par. 1); les *biens* italiens emportés en Allemagne qui devaient être restitués à l'Italie (art. 77, par. 2); de nouveau des *biens* italiens en Allemagne (art. 77, par. 3); le transfert à l'Allemagne des *biens* allemands se trouvant en Italie. C'est dans ce contexte que fut insérée la prétendue renonciation du paragraphe 4 de l'article 77, dans une disposition ayant essentiellement un caractère patrimonial. Aucun élément de l'article 77 du traité de paix de 1947, ni même du traité dans son ensemble (auquel l'Allemagne n'était pas partie), ne saurait étayer le point de vue de la majorité de la Cour selon lequel il existerait une «continuité» entre la prétendue renonciation de 1947 et les clauses de renonciation des deux accords de 1961 ou, pire encore, celles-ci constitueraient une «amélioration» non démontrable de celle-là.

105. L'adoption ultérieure des deux accords de 1961, conclus cette fois-ci entre l'Allemagne elle-même et l'Italie, en témoigne. La CPJI avait déjà eu l'occasion de préciser qu'un différend pouvait présupposer «l'existence d'une situation ou d'un fait antérieur», non contestés par les parties. C'est la situation ou le fait au sujet duquel on prétend que s'est élevé le différend qui doit être considéré comme en étant «réellement la cause»<sup>102</sup>. La conclusion des deux accords de 1961 constitue, à mon avis, le point de départ d'une *nouvelle situation continue*, renfermant la «cause réelle du différend» et se prolongeant depuis ce moment-là jusqu'à présent. Ce différend entre l'Allemagne et l'Italie relève donc manifestement de la compétence *ratione temporis* de la Cour, en vertu de l'alinéa *a*) de l'article 27 de la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends.

## 2. Les incohérences de la pratique des Etats

106. Les revendications de ressortissants italiens en vertu de la législation allemande sur l'indemnisation des victimes de la persécution nazie n'étaient pas visées par la renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, à cause des termes «[s]ans 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». Comme nous venons de l'indiquer, cette disposition visait des revendications de nature patrimoniale (cf. *supra*). La responsabilité de l'Etat à raison de crimes de guerre subsistait.

107. En fait, à cet égard, le *Bundesgerichtshof* (Cour suprême allemande) interpréta lui-même, dans une décision du 14 décembre 1955, le champ d'application restreint de la clause de renonciation de 1947 en estimant que cette dernière ne portait pas règlement définitif de la question, étant donné le libellé de la clause «[s]ans préjudice de ... toutes [dispositions] qui seraient prises en faveur de l'Italie et des ressortissants italiens

<sup>102</sup> *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 82.*

of the *Bundesgerichtshof in Civil Matters*, Vol. 19, pp. 258 *et seq.*]; accordingly, the *Bundesgerichtshof* admitted that the Italian claims and the corresponding German obligations still existed<sup>103</sup>. In 1947, in a Peace Treaty to which Germany was not a party, the Allied Powers demanded the waiver from Italy “exclusively in their own interest”, and that waiver did not cover claims of war crimes reparations<sup>104</sup>. I cannot see why the Court’s majority gave so much importance to that waiver, to the point of trying to base its whole and succinct reasoning on it.

108. The celebration of the two 1961 Agreements, this time by Germany itself with Italy, disclosed Germany’s recognition that reparation obligations existed in 1961. This marks, in my view, the triggering point of a new *continuing situation*, from then onwards, up to the present, which forms the object of the dispute before the Court (claim of State immunity and counter-claim of pending war reparations). The two Agreements, celebrated on 2 June 1961 between Germany and Italy, were: (a) the Agreement on the Settlement of Certain Property-Related, Economic and Financial Questions (the so-called “Settlement Agreement”); and (b) the Agreement on Indemnity in Favour of Italian Nationals Affected by National-Socialist Measures of Persecution (the so-called “Indemnity Agreement”).

109. The *exchange of letters* between Germany and Italy attached to the 1961 Indemnity Agreement<sup>105</sup> stated that “claims brought by Italian nationals which had been rejected with final and binding effect on the basis of Article 77 (4) of the Italian Peace Treaty [of 1947] were to be re-examined”. Thus, new applications under the 1953 Federal Restitution Law (*Bundesentschädigungsgesetz-BEG*) were seemingly to be treated without objections on the basis of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty. Furthermore, in a memorandum (*Denkschrift*) submitted to the Legislative on 30 May 1962<sup>106</sup>, the German Federal Government recalled Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty, and instructed the German authorities in charge *not to raise objections* on the basis of that provision, in case of claims to restitution. In the words of the memorandum (*Denkschrift*):

“[. . .] [T]he special character of the claims to compensation for measures of National Socialist persecution (*Ansprüche auf Wieder-*

<sup>103</sup> Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), p. 108, para. 5.53, note 223.

<sup>104</sup> Cf. *ibid.*, p. 108, para. 5.53, and note 223.

<sup>105</sup> Cf. *ibid.*, Annex 4.

<sup>106</sup> Cf. *ibid.*, para. 5.56 (photocopy of whole memorandum in German, as obtained from the library of the Bundestag in Berlin, *Drucksache des Deutschen Bundestages IV/438*, p. 9).

par les Puissances occupant l'Allemagne» (*Décisions du Bundesgerichtshof en matière civile*, vol. 19, p. 258 et suiv.). Le *Bundesgerichtshof* reconnaissait dès lors que les réclamations italiennes et les obligations allemandes correspondantes existaient toujours<sup>103</sup>. En 1947, dans le cadre d'un traité de paix auquel l'Allemagne n'était pas partie, les Puissances alliées ne demandèrent la renonciation italienne «que dans leur propre intérêt» et cette renonciation ne visait pas les réclamations concernant des réparations à raison de crimes de guerre<sup>104</sup>. J'ai du mal à comprendre pourquoi la majorité de la Cour a attaché une importance si grande à cette renonciation, au point de tenter de fonder sur elle l'intégralité de son raisonnement succinct.

108. La conclusion des deux accords de 1961, cette fois-ci par l'Allemagne elle-même et l'Italie, révélait la reconnaissance par l'Allemagne du fait que des obligations de réparation existaient en 1961. Cela marque, à mon avis, le point de départ d'une nouvelle *situation continue* se poursuivant à l'heure actuelle, qui fait l'objet du différend porté devant la Cour (la demande principale concernant l'immunité de l'Etat et la demande reconventionnelle concernant les réparations de guerre pendantes). Les deux traités, conclus le 2 juin 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, étaient: *a*) le traité portant règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier (le «traité de règlement»); et *b*) le traité relatif à l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste (le «traité d'indemnisation»).

109. Aux termes de l'*échange de lettres* entre l'Allemagne et l'Italie annexé au traité d'indemnisation de 1961<sup>105</sup>, les «demandes présentées par des ressortissants italiens, qui avaient été rejetées par acte définitif sur le fondement du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix italien [de 1947], [f]eraient l'objet d'un nouvel examen». Ainsi, les nouvelles demandes présentées en vertu de la Loi fédérale d'indemnisation de 1953 (*Bundesentschädigungsgesetz* ou BEG) devaient, semble-t-il, être traitées sans se voir opposer des objections au titre du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947. De surcroît, dans un mémorandum (*Denkschrift*) présenté devant le pouvoir législatif le 30 mai 1962<sup>106</sup>, le Gouvernement allemand rappelait le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 et donnait pour instruction aux autorités compétentes allemandes *de ne pas opposer d'objections* en vertu de cette disposition aux demandes de restitution. Aux termes du mémorandum (*Denkschrift*):

«[L]a nature particulière des créances d'indemnisation à raison des mesures de persécution national-socialistes (*Ansprüche auf Wie-*

<sup>103</sup> Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 108, par. 5.53 et note 223.

<sup>104</sup> Cf. *ibid.*, p. 108, par. 5.53 et note 223.

<sup>105</sup> Cf. *ibid.*, annexe 4.

<sup>106</sup> Cf. *ibid.*, par. 5.56 (photocopie du texte intégral du mémorandum en allemand, obtenue auprès de la bibliothèque du Bundestag à Berlin, *Drucksache des Deutschen Bundestages* IV/438, p. 9).

*gutmachung nationalsozialistischer Verfolgungsmaßnahmen*) justifies not raising objections based on Article 77 (4) to applications pursuant to the *Bundesentschädigungsgesetz*. [. . .] Regarding the *Bundesrückerstattungsgesetz* of 19 July 1957, the Federal Government [. . .] instructed the German authorities in charge not to raise objections based on Article 77 (4) of the Peace Treaty with Italy of 10 February 1947 in the case of claims to restitution.”<sup>107</sup>

110. All this shows that Germany reckoned, in its practice, that the waiver clause contained in Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty did not cover war crimes reparations. It further shows that the purported waiver of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty was not as general — and certainly not absolute at all — as the Court’s majority in the present Order would make one believe, not even on the basis of German State practice! The reasoning of the Court’s majority in the present Order, in my perception, tries in vain to find a basis in law, and finds none, not even on State practice!

111. And this is not all. More recently, the 2000 Law on the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation in Germany, provided compensation to some victims of the war crimes of the Third Reich, excluding, however, prisoners of war from its field of application (on the basis of Section 11.3); the right to reparation of at least some victims was thus reckoned to subsist. All this shows that the pending dispute between Germany and Italy (claim and counter-claim together) remains indeed surrounded by uncertainties, and that State practice alone — with its usual inconsistencies — cannot provide secure guidance to the work of international adjudication.

### 3. *No Lip Service to State Voluntarism*

112. Unlike the Court’s majority, I am of the view that there is no room at all for paying an instinctive lip service to State voluntarism in the present case. The Court, in my understanding, cannot — and should not — try to develop a sound reasoning on the basis of *waivers* of claims of breaches of fundamental human rights. The facts before the Court in a way show that conscience has stood above the will: Germany and Italy have presented to the Court their distinct views of the case or *continuing situation* at issue, in their respective original claim and counter-claim. These two are inextricably interconnected,

<sup>107</sup> *Drucksache des Deutschen Bundestages IV/438*, p. 9, in: Observations of Italy . . . , *op. cit. supra* note 53, p. 19, para. 47.

*dergutmachung nationalsozialistischer Verfolgungsmaßnahmen*) justifie que l'on ne soulève pas d'objections sur le fondement de l'article 77, paragraphe 4, en ce qui concerne les demandes présentées en vertu du *Bundesentschädigungsgesetz* ... En ce qui concerne le *Bundesrückerstattungsgesetz* du 19 juillet 1957, le gouvernement fédéral ... a donné instruction aux autorités allemandes compétentes de ne pas soulever d'objections en vertu de l'article 77, paragraphe 4, du traité de paix avec l'Italie du 10 février 1947, en présence de demandes de restitution.»<sup>107</sup>

110. Il ressort de tout ce qui précède que, dans le cadre de sa pratique, l'Allemagne partait du principe que la clause de renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ne visait pas les réparations à raison de crimes de guerre. Il en ressort également que la prétendue renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 n'était pas si générale que la majorité de la Cour pourrait le faire croire dans la présente ordonnance — et n'était certainement pas absolue —, même en tenant compte de la pratique de l'Etat allemand! A mon avis, le raisonnement adopté par la majorité de la Cour dans la présente ordonnance tente en vain de se fonder sur le droit, mais ne trouve d'appui ni dans celui-ci ni même dans la pratique étatique!

111. Or cela n'est pas tout. A une époque plus récente, en Allemagne, la loi de 2000 relative à la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» institua une indemnisation pour certaines victimes des crimes de guerre du III<sup>e</sup> Reich, en excluant toutefois de son champ d'application les prisonniers de guerre (en vertu de l'article 11.3). Dès lors, du moins pour certaines victimes, le droit à réparation était réputé avoir subsisté. Il ressort de tout cela que le différend pendant entre l'Allemagne et l'Italie (demande principale et demande reconventionnelle prises ensemble) reste effectivement entouré d'incertitudes et que la pratique des Etats, avec ses incohérences habituelles, ne saurait à elle seule constituer un repère certain pour l'activité juridictionnelle internationale.

### 3. Il n'y a pas lieu de sacrifier au volontarisme étatique

112. Contrairement à la majorité de la Cour, j'estime qu'il n'y a point lieu en l'espèce de sacrifier instinctivement au volontarisme étatique. A mon sens, la Cour ne saurait et ne devrait pas tenter de développer un raisonnement solide sur la base de *renonciations* aux revendications concernant des violations de droits fondamentaux de l'homme. Les faits soumis à la Cour démontrent en quelque sorte que la conscience était supérieure à la volonté: dans leurs demande principale et demande reconventionnelle respectives, l'Allemagne et l'Italie ont exposé devant la Cour leurs vues divergentes concernant l'affaire ou la *situation continue* en

<sup>107</sup> *Drucksache des Deutschen Bundestages IV/438*, p. 9, cité dans Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 19, par. 47.



and fall quite clearly under the jurisdiction of the Court *ratione temporis*.

113. The Court has been invited to proceed to the consideration of the *cas d'espèce* at the height of its responsibilities, and in my view the only way to do this properly is by taking cognizance of the original claim and the counter-claim altogether. In the present case, without the counter-claim on war reparations, the examination of the basic issue raised in the original claim becomes irremediably mitigated and incomplete. By depriving the Court of the consideration of the original claim and the counter-claim altogether, by means of the present Order it has just adopted, the Court's majority ended up, in my view, depriving the Court of the possibility of the proper and full exercise of its functions in the realization of its mission. In my understanding, the pursuit of the realization of justice at international level has, in the present Order of the Court, succumbed to an instinctive search for manifestations of the will (or consent) of States<sup>108</sup>, in attributing an undue weight to waivers of claims of violated rights which are not theirs.

114. My own personal understanding is that a State can waive claims on its own behalf, if it so decides, but not on behalf of human beings (whether its nationals or not) who have been victims of atrocities which shock the conscience of humankind. The individual victims, and not their State, are the bearers (*titulaires*) of the rights which had been violated shortly before the 1947 Peace Treaty (between 1943 and 1945), starting with the right to respect for their own dignity as human beings. Rights inherent to the human person are endowed with an element of timelessness. Their vindication cannot be waived at will, by any State whatsoever.

115. The present dispute between Italy and Germany shows, already at this stage, that the rights of Italian victims of serious violations of international humanitarian law (war crimes and crimes against humanity) have subsisted. Their vindication, by so-called "Italian Military Internees" (IMIs, i.e., soldiers who were detained, denied the status of prisoners of war, transferred to detention camps and sent to forced labour), as well as civilians likewise detained and transferred to detention camps and sent to forced labour, and other victims of the civilian populations in the context of massacres, "as part of a strategy of terror"<sup>109</sup>, has resisted the erosion of time. Fundamental human rights are simply not amenable to waivers of their claims by States, by means of peace

<sup>108</sup> This is nothing new; for earlier unfortunate examples, cf., e.g., *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1995*, pp. 90-106; case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 2006*, pp. 6-53.

<sup>109</sup> Cf. Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), p. 15, para. 2.8.

question. Ces deux demandes sont inextricablement liées et relèvent manifestement de la compétence *ratione temporis* de la Cour.

113. La Cour a été invitée à examiner la présente espèce à la hauteur de ses responsabilités, et cette mission ne pourrait, à mon avis, être accomplie comme il convient que si la demande principale et la demande reconventionnelle sont examinées ensemble. En l'espèce, sans la demande reconventionnelle concernant les réparations de guerre, l'examen de la question de base soulevée dans la demande originaire perd irrémédiablement de son efficacité et devient incomplet. En empêchant la Cour d'examiner ensemble la demande originaire et la demande reconventionnelle suite à la présente ordonnance qu'elle vient d'adopter, la majorité a fini, à mon avis, par priver la Cour de la possibilité de s'acquitter convenablement et pleinement de ses attributions dans l'accomplissement de sa mission. J'estime que, dans la présente ordonnance de la Cour, la poursuite de la réalisation de la justice au niveau international a cédé devant une recherche instinctive de manifestations de la volonté (ou du consentement) des Etats<sup>108</sup>, attribuant une importance indue aux renoncements à des revendications concernant des droits violés qui ne sont pas les leurs.

114. Je suis personnellement d'avis qu'un Etat est libre de renoncer à des revendications en son propre nom, mais non au nom d'êtres humains (fussent-ils ou non ses ressortissants) qui furent victimes d'atrocités heurtant la conscience de l'humanité. Ce sont les victimes individuelles, et non leurs Etats, qui sont les titulaires des droits violés peu avant le traité de paix de 1947 (entre 1943 et 1945), à commencer par le droit au respect de leur dignité en tant qu'êtres humains. Les droits inhérents à la personne humaine possèdent un élément intemporel. Aucun Etat ne saurait renoncer à les faire valoir comme il lui plairait.

115. Le présent différend opposant l'Italie à l'Allemagne permet de constater, déjà à ce stade, que les droits des victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire (crimes de guerre et crimes contre l'humanité) ont subsisté. Leur invocation par les «internés militaires italiens» (IMI, c'est-à-dire des soldats qui avaient été détenus et, après s'être vu refuser le statut de prisonniers de guerre, avaient été transférés dans des camps d'internement et astreints au travail forcé), ainsi que par des civils ayant également été détenus et transférés dans des camps d'internement et astreints au travail forcé, et par d'autres victimes faisant partie des populations civiles dans le contexte des massacres, «dans le cadre d'une stratégie de terreur»<sup>109</sup>, a résisté à l'érosion du

<sup>108</sup> Ce phénomène n'est pas nouveau; pour des exemples regrettables antérieurs, cf., par exemple, affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 90-106; affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6-53.

<sup>109</sup> Cf. Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 15, par. 2.8.

treaties, of other kinds of treaties, or by any other means. This can be further appreciated in a wider horizon.

116. In the days of the historical Second Peace Conference, held here in The Hague, the participating States decided to set forth a general obligation, incumbent on *all* parties to an armed conflict, to make reparations (not only on the part of the defeated States in favour of the victorious powers, as was the case in previous State practice). This was done *on the basis of a German proposal*, which resulted in Article 3 of the Fourth Hague Convention<sup>110</sup> and is the first provision dealing specifically with a *reparation* regime for violations of international humanitarian law<sup>111</sup>. Thanks to the reassuring German proposal, Article 3 of the Fourth Hague Convention of 1907 clarified that it was intended *to confer rights directly upon individuals*<sup>112</sup>, *human beings*, rather than States.

117. This legacy of the Second Hague Peace Conference of 1907 projects itself to our days<sup>113</sup>. The time projection of the suffering of those subjected to deportation and sent to forced labour in the Second World War (period 1943-1945) has been pointed out in expert writing, also in relation to the prolonged endeavours of the victims to obtain reparation.

<sup>110</sup> Article 3 states:

“A belligerent Party which violates the provisions of the said Regulations [Regulations respecting the laws and customs of war on land, annexed to the Fourth Hague Convention] shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

<sup>111</sup> This Article of the Fourth Hague Convention of 1907 came to be regarded as being also customary international law, and it was reiterated in Article 91 of the I Additional Protocol (of 1977) to the 1949 Geneva Conventions on international humanitarian law. Article 91 (Responsibility) of the I Protocol states: “A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

<sup>112</sup> Cf., to this effect, Eric David, “The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land”, in *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation* (H. Fujita, I. Suzuki and K. Nagano, eds.), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Pubs., 1999, pp. 50-53; and cf. also, e.g., F. Kalshoven, “State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces”, 40 *International and Comparative Law Quarterly* (1991), pp. 831-833; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2006, p. 400.

<sup>113</sup> For a general reassessment of that 1907 Conference, on the occasion of its centennial commemoration in 2007, cf. [Various Authors], *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de la paix/Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (Yves Daudet, ed.), Leiden, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2008, pp. 3-302.

temps. Les revendications concernant les droits fondamentaux de l'homme ne sauraient tout simplement faire l'objet de renonciations de la part des Etats, fût-ce au travers de traités de paix ou d'autres sortes de traités, ou par tout autre moyen. On peut également s'en rendre compte dans une perspective plus large.

116. A l'époque de la deuxième conférence de la paix historique, tenue ici, à La Haye, les Etats participants décidèrent d'instituer une obligation générale d'accorder des réparations, incombant à *toutes* les parties à un conflit armé (et non seulement aux Etats vaincus en faveur des puissances victorieuses, comme dans le cadre de la pratique étatique antérieure). Cette idée fut réalisée *sur la base d'une proposition allemande* qui aboutit à l'article 3 de la convention IV de La Haye<sup>110</sup>, la première disposition prévoyant expressément un régime de *réparation* à raison de violations du droit international humanitaire<sup>111</sup>. Grâce à la proposition rassurante de l'Allemagne, l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 indiquait clairement qu'il entendait *conférer des droits directement aux individus*<sup>112</sup>, *aux êtres humains*, plutôt qu'aux Etats.

117. Cet héritage de la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907 conserve son empreinte jusqu'à nos jours<sup>113</sup>. Le prolongement temporel des souffrances de ceux qui furent déportés et astreints au travail forcé au cours de la seconde guerre mondiale (pendant la période allant de 1943 à 1945) a été souligné en doctrine, également en ce qui concerne les longs efforts des victimes en vue d'obtenir réparation.

<sup>110</sup> Aux termes de l'article 3 :

« La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement [Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la convention IV de La Haye] 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. »

<sup>111</sup> Cet article de la convention IV de La Haye de 1907 finit par être considéré comme relevant également du droit international coutumier et fut repris à l'article 91 du protocole additionnel I (de 1977) aux conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire. Aux termes de l'article 91 (« Responsabilité ») du protocole I : « La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées. »

<sup>112</sup> Cf., en ce sens, Eric David, « The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 Respecting the Laws and Customs of War on Land », *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation* (H. Fujita, I. Suzuki et K. Nagano, dir. publ.), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publs., 1999, p. 50-53 ; cf. également, par exemple, F. Kalshoven, « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, p. 831-833 ; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2006, p. 400.

<sup>113</sup> Pour un réexamen général de cette conférence de 1907, à l'occasion de la commémoration de son centenaire en 2007, cf. *Actualité de la conférence de La Haye de 1907, deuxième Conférence de la paix/Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (ouvrage collectif, Yves Daudet, dir. publ.), Leyde, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2008, p. 3-302.

In the early 1970s it was pointed out, for example, that

“it is both surprising and alarming that twenty-five years after the [Second World] War many restitution and compensation cases are still pending. It is especially disturbing that some of these cases have been pending for more than twenty years.”<sup>114</sup>

118. More recently, after the enactment of the German Compensation Law of 2 August 2000, it was again recalled that the subjection of prisoners of war to forced labour was characterized by “inhuman conditions” of detention, “insufficient nutrition” and “lack of medical care”. And,

“According to historical research, these appalling conditions were predominant for Italian military internees [IMIs] in Germany. (. . .) The Italians were not prisoners of war who happened also to be subjected to forced labour. Instead, the exploitation of their labour force was the principal reason for their continued detention in Germany. (. . .)

Lastly, one can only deeply regret the tardiness of the legislation passed only in the year 2000, 55 long years after the end of the Second World War. This tardiness was properly recognized by the German Parliament itself when, in the *Stiftungsgesetz* Statute’s preamble, it emphasized that ‘the law comes too late for those who lost their life as victims of the National Socialist regime, or died in the meantime’.”<sup>115</sup>

Not only had those victims to endure inhuman and degrading treatment, but later crossed the final limit of their ungrateful lives living with impunity, without reparation and amidst manifest injustice. The time of human justice is definitively not the time of human beings.

119. Looking at the serious breaches of the law during the Second World War in a wider dimension, the pitfalls of State voluntarism — proper of the positivist legal thinking — were eloquently denounced by the learned professor at the University of Heidelberg, Gustav Radbruch, in the aftermath of the Second World War, and shortly before his death in 1949. In announcing his own personal conversion to the thinking of natural law, he pondered that positivism left the German judiciary immobilized and defenceless in face of all the atrocities perpetrated in the Third Reich, seen by the power-holders as in conformity with their *jus positum* (or rather, their imposed laws). That tragically showed, after “a century of legal positivism”, added Rad-

<sup>114</sup> K. Schwerin, “German Compensation for Victims of Nazi Persecution”, 67 *Northwestern University Law Review* (1972), p. 518, and cf. pp. 519-523.

<sup>115</sup> B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II”, 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), pp. 251-252.

Ainsi, au début des années 1970, on a pu observer :

«il est à la fois surprenant et alarmant que, vingt-cinq ans après la [seconde] guerre [mondiale], de nombreuses affaires de restitution et d'indemnisation soient toujours pendantes. Il est particulièrement troublant que certaines de ces affaires soient en instance depuis plus de vingt ans.»<sup>114</sup>

118. Plus près de nous, on rappela de nouveau, après la mise en vigueur de la loi allemande d'indemnisation du 2 août 2000, que la soumission des prisonniers de guerre au travail forcé se caractérisait par «les conditions inhumaines» de la détention, «l'alimentation insuffisante» et «l'absence de soins médicaux». On releva également que :

«D'après les recherches historiques, ces conditions épouvantables prévalaient pour les internés militaires italiens [IMI] en Allemagne. ... Les Italiens n'étaient pas des prisonniers de guerre qui se trouvaient également, par ailleurs, assujettis au travail forcé. Leur exploitation comme main-d'œuvre était le motif principal de la poursuite de leur détention en Allemagne. ...

Enfin, on ne peut que déplorer profondément le caractère tardif de la législation, qui ne fut adoptée qu'en 2000, cinquante-cinq longues années après la fin de la seconde guerre mondiale. Ce retard fut dûment reconnu par le parlement allemand lui-même qui soulignait, dans le préambule du *Stiftungsgesetz*, que «l'adoption de la présente loi [était] trop tardive pour ceux qui [avaie]nt perdu leur vie en tant que victimes du régime national-socialiste ou qui [étaie]nt décédés entre-temps».<sup>115</sup>

Non seulement ces victimes subirent un traitement inhumain et dégradant, mais elles arrivèrent par la suite au bout de leur vie ingrate après avoir assisté à l'impunité, sans obtenir de réparation et dans une situation d'injustice flagrante. Le temps de la justice humaine n'est décidément pas celui des êtres humains.

119. En envisageant les violations graves du droit commises au cours de la seconde guerre mondiale dans une dimension plus vaste, Gustav Radbruch, l'éminent professeur de l'Université de Heidelberg, dénonça de manière éloquente, au lendemain de la seconde guerre mondiale et peu avant son décès en 1949, les écueils du volontarisme étatique caractérisant la pensée positiviste. En proclamant sa conversion personnelle aux idées jusnaturalistes, il déclarait que le positivisme avait laissé les autorités judiciaires allemandes immobilisées et sans défense face à toutes les atrocités perpétrées dans le III<sup>e</sup> Reich, considérées par les détenteurs du pouvoir comme conformes à leur *jus positum* (ou, plutôt, à leurs lois imposées). A l'issue d'«un siècle de positivisme juridique», cela représen-

<sup>114</sup> K. Schwerin, «German Compensation for Victims of Nazi Persecution», *Northwestern University Law Review*, vol. 67, 1972, p. 518, et cf. p. 519-523.

<sup>115</sup> B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 251-252.

bruch, that all laws ought to be in conformity with the law superior to them, that is, natural law<sup>116</sup>.

120. Stressing the cleavage between the *Sein* and the *Sollen*, he argued that, where statutory law manifestly negates — to an extreme and intolerable degree — the equality at the core of all justice, it must be disregarded by judges in favour of the fundamental principles of justice. The international legal profession nowadays, marked by a preponderant and thoughtless adherence to legal positivism, should not forget the warnings of that German professor, tormented as he became by the horrors, perpetrated with impunity, of the Third Reich. The main lesson which Radbruch drew was that the positivist conviction that “a law is a law” (*dura lex sed lex*, or else *Gesetz ist Gesetz*) rendered German jurists of the time defenceless against arbitrary or “criminal” (*verbrecherische*) laws.

121. He added that positivism is incapable of establishing the validity of laws on its own, and it had assumed that such validity follows from the fact that such laws had the power to come into being. Notwithstanding, it is justice which constitutes the highest value, and an unjust law, in principle to be observed, when it comes to be in tension with justice, becomes an “incorrect law” (*unrichtiges Recht*), which is displaced by justice. When that law does not even aspire to serve justice, oblivious of equality which is at its centre, it is not only “incorrect law”, it never achieves the quality of law at all, the ultimate purpose of which is to serve justice<sup>117</sup>.

122. In an essay published posthumously, G. Radbruch, again regretting the sad legacy of positivism, insisted on his view that there exists a law higher than the laws, a natural law, a law of reason (*ratio*), which is above the laws (*ein übergesetzliches Recht*). And he expressed the hope — keeping in mind the then recent horrors of the Third Reich — that one day the world will see a whole array of international organizations wherein groups of people are no longer attached to their respective nation States, but rather dedicated solely to the cause of humanity as a whole. These human beings “beyond nationality” (*übernationale Menschen*), in his forecast, would be capable to create properly a true international law, and to adjudicate international disputes<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho* [3rd Spanish edition of *Vor-schule der Rechtsphilosophie*], Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 178 and 180.

<sup>117</sup> G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” (1946), in G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (E. Wolf, ed.), Stuttgart, K. F. Koehler Verlag, 1950, pp. 352-353, and cf. pp. 347-357.

<sup>118</sup> G. Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, in *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (W. Maihofer, ed.), Bad Homburg vor der Höhe, H. Gentner Verlag, 1962, pp. 2 and 6-7, and cf. pp. 1-10.

tait, ajoutait G. Radbruch, une illustration tragique du fait que toutes les lois devraient être conformes au droit qui leur est supérieur, c'est-à-dire au droit naturel<sup>116</sup>.

120. En insistant sur la distinction entre le *Sein* et le *Sollen*, il soutenait que, lorsque le droit législatif niait manifestement — jusqu'à un point extrême et intolérable — l'égalité qui se trouve au cœur de toute justice, les juges devaient l'écarter au nom des principes fondamentaux de la justice. La profession juridique internationale actuelle, marquée par une adhésion prépondérante et irréfléchie au positivisme juridique, ne devrait pas oublier les mises en garde de ce professeur allemand, tourmenté par les horreurs du III<sup>e</sup> Reich qui furent perpétrées dans l'impunité. Le principal enseignement que G. Radbruch en avait tiré, c'était que la conviction positiviste selon laquelle «la loi, c'est la loi» (*dura lex sed lex*, ou encore *Gesetz ist Gesetz*) avait laissé les juristes allemands de l'époque sans défense face à l'arbitraire de lois «criminelles» (*verbrecherische*).

121. Il ajoutait que le positivisme n'était pas en mesure de fonder par ses propres moyens la validité des lois et qu'il reposait sur le postulat selon lequel cette validité découlait du fait que ces lois avaient eu le pouvoir de s'imposer. Néanmoins, c'est la justice qui représente la valeur suprême. Dès lors, un droit non juste qui doit en principe être respecté devient un «droit injuste» (*unrichtiges Recht*) lorsqu'il entre en conflit avec la justice, et se trouve écarté par celle-ci. Lorsque ce droit n'aspire même pas à servir la justice — en négligeant l'égalité qui est au cœur de celle-ci —, il constitue non seulement un «droit injuste» mais n'accède jamais au statut de droit, car le but ultime de celui-ci est de servir la justice<sup>117</sup>.

122. Dans un essai posthume, G. Radbruch, déplorant une fois de plus le triste héritage du positivisme, insistait sur son opinion selon laquelle il existe un droit supérieur aux lois, un droit naturel, un droit de la raison (*ratio*) supralégal (*ein übergesetzliches Recht*). Et, gardant à l'esprit les horreurs alors récentes du III<sup>e</sup> Reich, il exprimait son espoir qu'un jour le monde se verrait doté d'une multitude d'organisations internationales au sein desquelles des groupes de personnes ne seraient plus rattachés à leurs Etats-nations respectifs, mais ne se consacraient au lieu de cela qu'à la cause de l'humanité dans son ensemble. D'après ses prévisions, ces êtres humains «supranationaux» (*übernationale Menschen*) seraient à même d'édicter un droit véritablement international et de trancher des litiges internationaux<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (3<sup>e</sup> éd. espagnole de *Vorschule der Rechtsphilosophie*), Mexique/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 178 et 180.

<sup>117</sup> G. Radbruch, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» (1946), dans G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (E. Wolf, dir. publ.), Stuttgart, K. F. Koehler Verlag, 1950, p. 352-353, et cf. p. 347-357.

<sup>118</sup> G. Radbruch, «Die Erneuerung des Rechts», *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (W. Maihofer, dir. publ.), Bad Homburg vor der Höhe, H. Gentner Verlag, 1962, p. 2 et 6-7, et cf. p. 1-10.



123. I find of perennial value the main lesson extracted by G. Radbruch from the grave violations of human rights and international humanitarian law perpetrated during the *long dark night*<sup>119</sup> of the years of the Third Reich. Among those brutalities stands that of forced labour in war industry, which has received much less attention from historians than other aspects of those somber times. For those of us who have the privilege to serve the cause of justice, it is imperative not to lose sight, in regard to that abominable practice, that the ultimate bearers (*titulaires*) of the originally violated rights were not States, but human beings, of flesh and bones and soul. The vindication of their rights stand in the background of the vindicated State right to immunity. In the present case before the Court, counter-claim and original claim form an indivisible whole.

XIII. THE INCIDENCE OF *JUS COGENS*: PURPORTED WAIVER OF  
VINDICATION OF RIGHTS INHERENT TO THE HUMAN PERSON BEING  
DEVOID OF JURIDICAL EFFECTS

124. In any case, any purported waiver by a State of the rights inherent to the human person would, in my understanding, be against the international *ordre public*, and would be deprived of any juridical effects. To hold that this was not yet recognized at the time of the Second World War and the 1947 Peace Treaty — a view remindful of the old positivist posture, with its ineluctable subservience to the established power — would be, in my view, without foundation. It would amount to conceding that States could perpetrate crimes against humanity with total impunity, that they could systematically perpetrate manslaughter, humiliate and enslave people, deport them and subject them to forced labour, and then hide themselves behind the shield of a waiver clause negotiated with other State(s), and try to settle all claims by means of peace treaties with their counterpart State(s).

125. Already in the times of the Third Reich, and before them, this impossibility was deeply-engraved in human conscience, in the *universal juridical conscience*, which is, in my understanding, the ultimate *material* source of all law. To hold that enforced labour was not prohibited at the time of the German Third Reich would not stand (cf. *infra*), not even on the basis of the old positivist dogmas. It does not stand at all, neither in times of armed conflict, nor in times of peace. The gradual restrictions leading to its prohibition, so as to avoid and condemn abuses of the past against the human person, became manifest not only in the domain of international humanitarian law, but also in that of the regulation of labour relations (proper of the international Conventions of the Interna-

<sup>119</sup> To paraphrase some medieval thinkers.

123. A mon avis, le principal enseignement que G. Radbruch avait tiré des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire perpétrées durant la *longue nuit obscure*<sup>119</sup> des années du III<sup>e</sup> Reich possède une valeur éternelle. Parmi ces brutalités se détache celle du travail forcé dans l'industrie de la guerre, qui a beaucoup moins retenu l'attention des historiens que d'autres aspects de cette époque sombre. Pour nous qui avons le privilège de servir la cause de la justice, il est impératif de ne pas perdre de vue, en ce qui concerne cette pratique abominable, le fait que les victimes titulaires des droits initialement violés n'étaient pas les Etats, mais des êtres humains en chair et en os, doués d'une âme. L'invocation de leurs droits se situe à l'arrière-plan du droit à l'immunité invoqué par l'Etat. Dans la présente affaire portée devant la Cour, la demande reconventionnelle et la demande initiale forment un tout indivisible.

XIII. L'INCIDENCE DU *JUS COGENS*: LA PRÉTENDUE RENONCIATION  
À FAIRE VALOIR LES DROITS INHÉRENTS À LA PERSONNE HUMAINE  
EST DÉPOURVUE D'EFFETS JURIDIQUES

124. En tout état de cause, toute prétendue renonciation par un Etat aux droits inhérents à la personne humaine serait, à mon avis, contraire à l'ordre public international et dépourvue de tout effet juridique. Soutenir que cela n'était pas encore reconnu à l'époque de la seconde guerre mondiale et du traité de paix de 1947 — un point de vue rappelant l'ancienne conception positiviste et sa servilité inéluctable envers le pouvoir établi — serait à mon avis infondé. Cela reviendrait à reconnaître que les Etats pourraient perpétrer des crimes contre l'humanité en toute impunité, qu'ils pourraient systématiquement commettre des actes d'homicide, humilier les personnes, les réduire en esclavage, les déporter et les astreindre au travail forcé, pour s'abriter ensuite derrière une clause de renonciation négociée avec un ou plusieurs autres Etats, en essayant de régler toute revendication au moyen de traités de paix avec l'Etat ou les Etats respectif(s).

125. A l'époque du III<sup>e</sup> Reich, comme avant celle-ci, cette impossibilité était déjà profondément ancrée dans la conscience humaine, dans la *conscience juridique universelle* qui représente à mon avis la source *matérielle* ultime de tout le droit. Déclarer que le travail forcé n'était pas interdit à l'époque du III<sup>e</sup> Reich allemand ne serait pas tenable (cf. *infra*), même en vertu des anciens dogmes positivistes. Une telle affirmation n'est point tenable, ni en temps de conflit armé ni en temps de paix. Les restrictions progressives ayant abouti à l'interdiction du travail forcé, de manière à éviter et à condamner les abus commis contre la personne humaine dans le passé, se manifestèrent non seulement dans le domaine du droit international humanitaire, mais également dans celui de la régle-

<sup>119</sup> Pour paraphraser certains penseurs du Moyen Age.

tional Labour Organization — ILO). In my own perception, even before all those instruments (*infra*), enslavement and forced labour were proscribed by human conscience, as the gross abuses of the past weighed too heavily on this latter.

### 1. *Conventional International Law*

#### (a) *International humanitarian law*

126. As to international humanitarian law, may it be recalled that, well before the sinister epoch of the Third Reich, the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex to the (IV) Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, adopted at the Second Hague Peace Conference of 1907, with the aim “to serve, even in this extreme case, the interests of humanity” (preamble, para. 2), imposed clear restrictions on the labour of prisoners of war (Article 6), and prohibited the confinement of these latter (Article 5). The Fourth Hague Convention of 1907 contained, in its preamble, the *célèbre Martens clause* (cf. *infra*), whereby in cases not included in the adopted Regulations annexed to it,

“the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the principles of humanity, and the dictates of the public conscience” (para. 8).

127. Two decades later, by means of the 1926 Geneva Anti-Slavery Convention, the States parties recognized that it was “necessary to prevent forced labour from developing into conditions analogous to slavery” (preamble, para. 5). They further warned that “recourse to compulsory or forced labour may have grave consequences”, and thereby they undertook,

“each in respect of the territories placed under its sovereignty, jurisdiction, protection, suzerainty or tutelage, to take all measures to prevent compulsory or forced labour from developing into conditions analogous to slavery” (Article 5).

128. Three years later, and still one decade before the outbreak of the Second World War, the 1929 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, again imposed restrictions on the labour of prisoners of war (Articles 28-30 and 32-34), and categorically prohibited “to employ prisoners in the manufacture or transport of arms or munitions of any kind, or on the transport of material destined for combatant units” (Article 31). And, promptly at the end of the Second World War,

mentation des relations de travail (propre aux conventions internationales de l'Organisation internationale du Travail ou OIT). A mon avis, même avant l'apparition de tous ces instruments (*infra*), l'esclavage et le travail forcé étaient proscrits par la conscience humaine, qui était trop marquée par le poids des abus flagrants du passé.

### 1. Droit international conventionnel

#### a) Droit international humanitaire

126. Pour ce qui est du droit international humanitaire, il convient de rappeler que, bien avant l'époque sinistre du III<sup>e</sup> Reich, le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la convention IV de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre adoptée lors de la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907, dans le but de «servir encore, dans cette hypothèse extrême, les intérêts de l'humanité» (préambule, deuxième alinéa), imposait en des termes clairs des restrictions au travail des prisonniers de guerre (art. 6) et interdisait l'enfermement de ces derniers (art. 5). La convention IV de La Haye contient, en son préambule, la célèbre *clause de Martens* (cf. *infra*) en vertu de laquelle, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées et annexées à la convention,

«les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique» (huitième alinéa).

127. Deux décennies plus tard, dans la convention de Genève de 1926 relative à l'esclavage, les hautes parties contractantes reconnaissent qu'il était «nécessaire d'empêcher que le travail forcé n'am[enât] des conditions analogues à celles de l'esclavage» (préambule, cinquième alinéa). Elles mettaient également en garde contre le fait que «le recours au travail forcé ou obligatoire p[ouvai]t avoir de graves conséquences», et s'engageaient

«chacune en ce qui concerne les territoires soumis à sa souveraineté, juridiction, protection, suzeraineté ou tutelle, à prendre des mesures utiles pour éviter que le travail forcé ou obligatoire n'am[enât] des conditions analogues à l'esclavage» (art. 5).

128. Trois ans plus tard et toujours une décennie avant l'éclatement de la seconde guerre mondiale, la convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre imposait de nouveau des restrictions au travail des prisonniers de guerre (art. 28-30 et 32-34) et interdisait formellement «d'employer des prisonniers à la fabrication et au transport d'armes ou de munitions de toute nature, ainsi qu'au transport de matériel destiné à des unités combattantes» (art. 31). De même, au lendemain

the 1945 Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg listed among “war crimes” the “deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory” (Article 6 (b)), and among “crimes against humanity” the “enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war” (Article 6 (c)).

129. In any case, well beyond the provisions of the aforementioned treaties, celebrated years before, and shortly after, the Second World War, forced labour — analogous to slavery — in the war industry was prohibited by the *universal juridical conscience*, the ultimate *material* source of international law. In this respect, we do not need to indulge into the superficial positivist exercise of spotting express prohibitions in the text of treaties (the *jus positum*). Slave work, forced labour in armaments industry, was prohibited by general international law well before the nightmare and the horrors of the Third Reich.

(b) *International labour Conventions*

130. As to the international instruments of the International Labour Organization (ILO), may it be recalled that the Forced Labour Convention (No. 29) of the ILO was adopted in 1930, almost one decade before the outbreak of the Second World War. And even well before then, forced labour was proscribed by human conscience. The International Labour Office itself has drawn attention to the fact that the 1930 Forced Labour Convention (No. 29), followed by the 1957 Abolition of Forced Labour Convention (No. 105), have practically found universal acceptance<sup>120</sup> (being “the most widely ratified of all international labour conventions”<sup>121</sup>), and the principles embodied therein have been incorporated in several international instruments at both universal and regional levels. The International Labour Office has, accordingly, propounded the view that “[T]he prohibition of the use of forced or compulsory labour in all its forms is considered now as a peremptory norm of modern international law of human rights”<sup>122</sup>.

131. It has gone even beyond the domain of the international law of

<sup>120</sup> Counting nowadays on 170 and 164 ratifications, respectively; cf. *op. cit.* note 122, *infra*, p. 12.

<sup>121</sup> Cf. *op. cit.* note 122, *infra*, pp. 1 and 34. Yet, despite this universal condemnation of forced labour, the problem remains in our days, as “millions of people around the world are still subjected to it”, in a true “affront to human dignity” (*ibid.*, p. 1), as illustrated by the persistence of slavery-like practices, trafficking in persons for the purpose of exploitation, and illegal forms of compulsion to work (cf. *ibid.*, pp. 35-47).

<sup>122</sup> International Labour Office, *Eradication of Forced Labour*, Geneva, ILO, 2007, p. XI.

de la seconde guerre mondiale, le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg de 1945 énumérait, parmi les « crimes de guerre », la « déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés » (art. 6, al. *b*) et, parmi les « crimes contre l'humanité », « la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre » (art. 6, al. *c*).

129. En tout état de cause, bien au-delà des dispositions des traités susmentionnés conclus plusieurs années avant la seconde guerre mondiale tout comme au lendemain de celle-ci, le travail forcé dans l'industrie de la guerre — analogue à l'esclavage — est prohibé par la *conscience juridique universelle*, la source *matérielle* ultime du droit international. Il n'est pas nécessaire, à cet égard, de se livrer à l'opération positiviste superficielle consistant à découvrir des interdictions expresses dans le texte des traités (le *jus positum*). Le travail des esclaves et le travail forcé dans l'industrie de l'armement étaient prohibés par le droit international général bien avant le cauchemar et les horreurs du III<sup>e</sup> Reich.

#### b) *Conventions internationales du travail*

130. Pour ce qui est des instruments internationaux de l'Organisation internationale du Travail (OIT), il convient de rappeler que la convention sur le travail forcé (n<sup>o</sup> 29) de l'OIT fut adoptée en 1930, près de dix ans avant l'éclatement de la seconde guerre mondiale. En outre, même bien avant cela, le travail forcé était également proscrit par la conscience humaine. Le Bureau international du Travail lui-même a attiré l'attention sur le fait que la convention (n<sup>o</sup> 29) sur le travail forcé de 1930 et la convention (n<sup>o</sup> 105) sur l'abolition du travail forcé de 1957 qui l'a suivie jouissent d'une reconnaissance quasi universelle<sup>120</sup> (étant « les plus largement ratifiées de toutes les conventions internationales du travail »<sup>121</sup>), et les principes qui y sont consacrés ont été repris dans plusieurs instruments internationaux, tant au niveau universel qu'au niveau régional. Le Bureau international du Travail a dès lors déclaré : « L'interdiction de recourir au travail forcé ou obligatoire sous toutes ses formes est considérée comme une norme impérative du droit international moderne en matière de droits de l'homme »<sup>122</sup>.

131. Le BIT est allé même au-delà du domaine du droit international

<sup>120</sup> A ce jour, ces deux conventions ont reçu respectivement 170 et 164 ratifications : cf. *op. cit. infra* note 122, p. 12.

<sup>121</sup> Cf. *op. cit. infra* note 122, p. 1 et 34. Néanmoins, en dépit de cette condamnation universelle du travail forcé, le problème persiste de nos jours puisque « des millions de personnes dans le monde y sont encore assujetties », ce qui représente véritablement une « injure à la dignité humaine » (*ibid.*, p. 1), comme l'illustrent la persistance de pratiques analogues à l'esclavage, la traite des personnes à des fins d'exploitation et les formes illicites de travail obligatoire (cf. *ibid.*, p. 35-47).

<sup>122</sup> Bureau international du Travail, *Eradiquer le travail forcé*, Genève, BIT, 2007, p. XI.

human rights, in reiterating, in its recent study on the matter (published almost eight decades after the 1930 Forced Labour Convention [No. 29]), the view that

“Freedom from forced or compulsory labour was among the first basic human rights subjects within the Organization’s mandate to be dealt with in international labour standards. The principles embodied in the ILO Conventions in this field have since been incorporated in various international instruments, both universal and regional, and have therefore become a peremptory norm of international law.”<sup>123</sup>

132. This is not the only assertion to this effect; in yet another study published seven years ago by the ILO, the view is restated that, as from the letter and the spirit of the 1930 Forced Labour Convention (No. 29), followed by the 1957 Abolition of Forced Labour Convention (No. 105), the evolution of this particular matter has attained “the status of the abolition of forced or compulsory labour in general international law as a peremptory norm from which no derogation is permitted”<sup>124</sup>.

133. It should not be forgotten that this was achieved only after much human suffering of succeeding generations. As observed at the time of the celebration of the 1957 Abolition of Forced Labour Convention (No. 105), there is “humiliating historical evidence” that “the formal abolition of slavery was only reluctantly achieved, little by little, during the nineteenth century”; as “hidden or even overt forms of serfdom” still persisted in some countries, in the mid-twentieth century it was thus necessary to conclude the 1957 ILO Convention on Abolition of Forced Labour (No. 105). At that same time, moreover, the 1958 UN Conference on the Law of the Sea “found itself faced with the infamous slave trade to deal with as a still existing evil surviving from the past”<sup>125</sup>.

(c) *International law of human rights*

134. Keeping in mind all the aforementioned developments — the evolution of the new *jus gentium* of our times — it is clear that, a long time ago, the prohibition of forced labour in all circumstances became estab-

<sup>123</sup> *Eradication of Forced Labour*, *op. cit. supra* note 122, p. 111. For a study of the historical background of the 1930 Forced Labour Convention (No. 29), and the early engagement in the matter on the part of the ILO and the League of Nations, cf. Jean Bastet, *Le travail forcé et l'organisation internationale (SDN et BIT)*, Paris, LGDJ, 1932, pp. 1-181.

<sup>124</sup> M. Kern and C. Sottas, “The Abolition of Forced or Compulsory Labour”, in *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, ILO, 2003, p. 44, and cf. p. 33.

<sup>125</sup> J. H. W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, p. 6.

des droits de l'homme en réitérant, dans son étude récente sur cette question (publiée près de huit décennies après la convention [n° 29] sur le travail forcé de 1930), le point de vue selon lequel :

«Le droit de ne pas être astreint à un travail forcé ou obligatoire est l'un des premiers des droits fondamentaux de l'homme relevant du mandat de l'Organisation qui a fait l'objet de normes internationales du travail. Les principes consacrés par les conventions de l'OIT dans ce domaine ont été incorporés dans divers instruments internationaux, de portée universelle ou régionale, et sont devenus des normes impératives du droit international.»<sup>123</sup>

132. Ce n'est pas là la seule affirmation en ce sens. Dans une autre étude publiée il y a sept ans par le BIT, il est de nouveau déclaré que, étant donné la lettre et l'esprit de la convention de 1930 sur le travail forcé (n° 29), suivie de la convention de 1957 sur l'abolition du travail forcé (n° 105), l'évolution de cette question particulière avait abouti au «statut de l'abolition du travail forcé et obligatoire en droit international général, en tant que norme impérative à laquelle aucune dérogation n'est admise»<sup>124</sup>.

133. Il convient de ne pas oublier que ce résultat ne fut acquis qu'à l'issue de beaucoup de souffrances humaines, subies par des générations successives. Comme il fut observé à l'époque de la conclusion de la convention de 1957 sur l'abolition du travail forcé (n° 105), il existe «des preuves historiques humiliantes» attestant que «l'abolition formelle de l'esclavage ne fut réalisée qu'à contrecœur, petit à petit, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle»; vu que «des formes de servage occultes ou même ouvertes» subsistaient dans certains pays, il fut donc nécessaire, au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, de conclure la convention (n° 105) de l'OIT de 1957 sur l'abolition du travail forcé. De surcroît, à la même époque, la conférence des Nations Unies de 1958 sur le droit de la mer «dut s'occuper de la traite infâme des esclaves, ce fléau hérité du passé»<sup>125</sup>.

### c) *Droit international des droits de l'homme*

134. Ces divers développements — l'évolution du nouveau *jus gentium* contemporain — montrent bien que la prohibition du travail forcé en toutes circonstances, aussi bien en temps de conflit armé qu'en temps de

<sup>123</sup> *Eradiquer le travail forcé*, op. cit. supra note 122, p. 111. Pour une étude du contexte historique de la convention de 1930 sur le travail forcé (n° 29) et de l'engagement du BIT et de la Société des Nations dans ce domaine dès un stade précoce, cf. Jean Bastet, *Le travail forcé et l'organisation internationale (SDN et BIT)*, Paris, LGDJ, 1932, p. 1-181.

<sup>124</sup> M. Kern et C. Sottas, «Abolition du travail forcé ou obligatoire», *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail*, Genève, BIT, 2003, p. 47, et cf. p. 35.

<sup>125</sup> J. H. W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, p. 6.



lished in the law of nations, in times of armed conflict as well as of peace (cf. *supra*). As proclaimed, in the aftermath of the Second World War, by the 1948 Universal Declaration of Human Rights, “[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights” (Article 1). This prohibition derives from the fundamental principle of equality and non-discrimination. This fundamental principle, according to Advisory Opinion No. 18 of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (of 17 September 2003), belongs to the domain of *jus cogens*.

135. In that transcendental Advisory Opinion of 2003, the IACtHR, in line with the humanist teachings of the “founding fathers” of the *droit des gens* (*jus gentium*), pointed out that, under that fundamental principle, the element of equality can hardly be separated from non-discrimination, and equality is to be guaranteed without discrimination of any kind. This is closely linked to the essential dignity of the human person, ensuing from the unity of human kind. The basic principle of equality before the law and non-discrimination permeates the whole operation of the State power, having nowadays entered the domain of *jus cogens*<sup>126</sup>. In a concurring opinion, it was stressed that the fundamental principle of equality and non-discrimination permeates the whole *corpus juris* of the international law of human rights, has an impact in public international law, and projects itself onto general or customary international law itself, and integrates nowadays the expanding material content of *jus cogens*<sup>127</sup>.

## 2. General International Law

136. I have already referred to the *Martens clause* (para. 126, *supra*) inserted into the preamble of the Fourth Hague Convention of 1907 (cf. *supra*), and, even before that, also in the preamble of the Second Hague Convention of 1899 (para. 9), adopted at the First Hague Peace Conference of 1899<sup>128</sup>, both pertaining to the laws and customs of land warfare. Its purpose was to extend juridically needed protection to civilians and combatants in all situations, even though not contemplated by the con-

<sup>126</sup> IACtHR, Advisory Opinion No. 18 (of 17 September 2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Series A, No. 18, paras. 83, 97-99 and 100-101.

<sup>127</sup> *Ibid.*, concurring opinion of Judge A. A. Cançado Trindade, paras. 59-64 and 65-73. In recent years, the IACtHR, together with the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, have been the contemporary international tribunals which have most contributed, in their case law, to the conceptual evolution of *jus cogens* (well beyond the law of treaties), and to the gradual expansion of its material content; cf. A. A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — OAS* (2008) pp. 3-29.

<sup>128</sup> It was originally presented by the Delegate of Russia (Friedrich von Martens) to the First Hague Peace Conference (1899).

paix (cf. *supra*), existe depuis longtemps en droit des gens. Comme le proclamait, au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, «tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits» (art. 1). La prohibition en cause découle du principe fondamental d'égalité et de non-discrimination. Dans son avis consultatif n° 18 concernant *le statut juridique et les droits des migrants sans papiers* (du 17 septembre 2003), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a considéré que ce principe fondamental relevait du *jus cogens*.

135. Dans cet avis qui fait date, la CIDH soulignait, dans le droit-fil de l'enseignement humaniste des «pères fondateurs» du droit des gens (*jus gentium*), que, en vertu de ce principe fondamental, l'élément de l'égalité ne saurait guère être séparé de celui de la non-discrimination et que l'égalité devait être garantie sans discrimination d'aucune sorte. Cela est étroitement lié à la dignité inhérente à la personne humaine, découlant de l'unité du genre humain. Le principe fondamental de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination imprègne l'ensemble du fonctionnement du pouvoir étatique et relève de nos jours du *jus cogens*<sup>126</sup>. Dans une opinion concordante, il fut souligné que le principe fondamental de l'égalité et de la non-discrimination pénétrait l'ensemble du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, avait des incidences en droit international public, se répercutait sur le droit international général ou coutumier lui-même et faisait désormais partie des normes toujours plus nombreuses relevant du *jus cogens*<sup>127</sup>.

## 2. Droit international général

136. J'ai déjà mentionné la *clause de Martens* (par. 126 *supra*) insérée dans le préambule de la convention IV de La Haye de 1907 (cf. *supra*) et, même avant cela, également dans le préambule de la convention II de La Haye de 1899 (neuvième alinéa), adoptée lors de la première conférence de la paix de La Haye de 1899<sup>128</sup>, concernant toutes deux les lois et coutumes de la guerre sur terre. Son objectif était d'étendre juridiquement la protection nécessaire aux civils et aux combattants en toutes situations,

<sup>126</sup> CIDH, avis consultatif n° 18 (17 septembre 2003), *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, série A, n° 18, par. 83, 97-99 et 100-101.

<sup>127</sup> *Ibid.*, opinion concordante de M. le juge A. A. Cançado Trindade, par. 59-64 et 65-73. Ces derniers temps, la CIDH ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ont été les deux juridictions internationales contemporaines à avoir le plus contribué, par leur jurisprudence, à l'évolution conceptuelle du *jus cogens* (bien au-delà du droit des traités) et à l'élargissement progressif de son contenu matériel : cf. A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*», *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — OAS*, 2008, p. 3-29.

<sup>128</sup> Elle fut à l'origine proposée par le délégué de la Russie (Friedrich von Martens) lors de la première conférence de la paix de La Haye (1899).

ventional norms; to that end, the Martens clause invoked the “principles of the law of nations” derived from “established” custom, as well as the “principles of humanity” and the “dictates of the public conscience”. Subsequently, the Martens clause was again to appear in the common provision, concerning denunciation, of the four Geneva Conventions of international humanitarian law of 1949 (Articles 62, 63, 142 and 158), as well as in the Additional Protocol I (of 1977) to those Conventions (Article 1, paragraph 2), to quote some of the main Conventions of international humanitarian law.

137. The Martens clause has thus been endowed, for more than a century, with continuing validity, in its invocation of public conscience<sup>129</sup>, and it keeps on warning against the assumption that whatever is not expressly prohibited by the Conventions on international humanitarian law would be allowed; quite on the contrary, the Martens clause sustains the continued applicability of the principles of the law of nations, the principles of humanity, and the dictates of the public conscience, independently of the emergence of new situations<sup>130</sup>. The Martens clause impedes, thus, the *non liquet*, and exerts an important role in the hermeneutics and the application of humanitarian norms.

138. The fact that the draftsmen of the Conventions of 1899, 1907 and 1949 and of Protocol I of 1977 have repeatedly asserted the elements of the Martens clause in those international instruments reckons that clause as an emanation of the material source of international humanitarian law<sup>131</sup> and of international law in general. In this way, it exerts a continuous influence in the spontaneous formation of the contents of new rules of international humanitarian law.

139. By intertwining the principles of humanity and the dictates of public conscience, the Martens clause establishes an “organic interdependence” of the legality of protection with its legitimacy, to the benefit of all human beings<sup>132</sup>. The legacy of Martens is also related to the primacy of law in the settlement of disputes and the search for peace<sup>133</sup>. Contemporary juridical doctrine has also characterized the Martens clause

<sup>129</sup> As, however advanced may the codification of humanitarian norms be, it will hardly be considered as being truly complete.

<sup>130</sup> B. Zimmermann, “Protocol I — Article 1”, in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann, eds.), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39.

<sup>131</sup> H. Meyrowitz, “Réflexions sur le fondement du droit de la guerre”, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (Ch. Swinarski, ed.), Geneva/The Hague, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; and cf., H. Stöbel, “Martens’ Clause”, in *Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, ed.), Vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

<sup>132</sup> Ch. Swinarski, “Préface”, in V. V. Pustogarov, *op. cit. infra* note 133, p. XI.

<sup>133</sup> V. V. Pustogarov, *Fedor Fedorovich Martens — Jurist i Diplomat*, Moscow, Ed. Mejdunarodnie Otnosheniya, 1999, pp. 1-287.

même si elle n'était pas prévue par les normes conventionnelles; la clause de Martens invoquait à cette fin «les principes du droit des gens» découlant des usages «établis», ainsi que les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique». Plus tard, la clause de Martens apparaissait également dans la disposition commune aux quatre conventions de Genève relatives au droit international humanitaire de 1949 (respectivement articles 62, 63, 142 et 158), concernant la dénonciation, ainsi que dans le protocole additionnel I (de 1977) à ces conventions (article premier, par. 2), pour citer quelques-unes des principales conventions en matière de droit international humanitaire.

137. La clause de Martens s'est donc vue dotée, pendant plus d'un siècle, d'une validité permanente, du fait de son invocation de la conscience publique<sup>129</sup>, et elle continue de mettre en garde contre l'hypothèse selon laquelle tout ce qui n'est pas expressément interdit par les conventions en matière de droit international humanitaire serait autorisé. La clause de Martens postule, bien au contraire, que les principes du droit des gens, les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique continuent de s'appliquer, indépendamment de l'apparition de situations nouvelles<sup>130</sup>. Dès lors, la clause de Martens permet d'éviter un *non liquet* et joue un rôle important dans le cadre de l'herméneutique et de l'application des normes humanitaires.

138. Le fait que les rédacteurs des conventions de 1899, 1907 et 1949 et du protocole I de 1977 aient repris plus d'une fois les éléments de la clause de Martens dans ces instruments internationaux révèle que cette clause constitue une émanation de la source matérielle du droit international humanitaire<sup>131</sup> et du droit international en général. Elle exerce de ce fait une influence permanente dans le cadre de la formation spontanée du contenu de règles nouvelles de droit international humanitaire.

139. En associant les lois de l'humanité aux exigences de la conscience publique, la clause de Martens institue une «interdépendance organique» entre la légalité de la protection et sa légitimité, au bénéfice de tous les êtres humains<sup>132</sup>. L'héritage de Martens a également trait à la prééminence du droit dans le cadre du règlement des différends et de la recherche de la paix<sup>133</sup>. La doctrine juridique contemporaine a elle aussi traité

<sup>129</sup> Car, quelque avancée que puisse être la codification des normes humanitaires, elle ne saurait être considérée comme véritablement complète.

<sup>130</sup> B. Zimmermann, «Protocole I — article premier», *Commentaire sur les protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949* (Y. Sandoz, Ch. Swinarski et B. Zimmermann, dir. publ.), Genève, CICR/Nijhoff, 1987, p. 39.

<sup>131</sup> H. Meyrowitz, «Réflexions sur le fondement du droit de la guerre», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (Ch. Swinarski, dir. publ.), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, p. 423-424; et cf. H. Strebelt, «Martens' Clause», *Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, dir. publ.), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, p. 252-253.

<sup>132</sup> Ch. Swinarski, «Préface», dans V. V. Pustogarov, *op. cit. infra* note 133, p. XI.

<sup>133</sup> V. V. Pustogarov, *Fedor Fedorovitch Martens — Jurist i Diplomat*, Moscou, éd. Mejdunarodnie Otnosheniya, 1999, p. 1-287.

as source of general international law itself<sup>134</sup>; and no one would dare today deny that the “principles of humanity” and the “dictates of the public conscience” invoked by the Martens clause belong to the domain of *jus cogens*<sup>135</sup>. The aforementioned clause, as a whole, has been conceived and reiteratedly affirmed, ultimately, to the benefit of humankind as a whole, thus maintaining its topicality. The clause may be considered as an expression of the *raison d’humanité* imposing limits on the *raison d’Etat*.

### 3. *The Incidence of Jus Cogens, in the Light of the Submissions of the Contending Parties*

140. The previous considerations bring me to a remaining line of brief reflections on the incidence of *jus cogens*, in the light of the submissions of Italy and Germany in the present case concerning *Jurisdictional Immunities of the State*. Their submissions, on this specific issue, and in the context of the *cas d’espèce*, are not so diverging as one might perhaps expect them to be. It is certain that, in its Memorial, Germany begins by criticizing the arguments of Italy’s *Corte di Cassazione* in its 2004 Judgment in the *Ferrini* case, as, in Germany’s view,

“( . . . ) As a legal concept, *jus cogens* did not exist at the time when the violations occurred from which the plaintiffs attempt to derive their claims. Thus, to apply the standard of *jus cogens* to the tragic events of the Second World War does not correspond to the general rules of temporal applicability of international law. Any conduct must be appraised by the standards in force at the time it was practice.”<sup>136</sup>

It then added that, “since international law is essentially based on the consent of States”, it is in their “general practice” that answers must be sought as to the consequences “entailed by a breach of a *jus cogens* rule”<sup>137</sup>.

141. Such assertions do not resist closer examination. State consent and *jus cogens* are as antithetical as they could possibly be. The practice of States alone, permeated with incongruencies as it usually is, cannot at all provide sole guidance for extracting the consequences of a breach of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), in the sense of Articles 53 and 64 of the two Vienna Conventions on the Law of Trea-

<sup>134</sup> F. Münch, “Le rôle du droit spontané”, in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional — Libro-Homenaje al Prof. D. A. Truyol y Serra*, Vol. II, Madrid, Univ. Complutense, 1986, p. 836.

<sup>135</sup> S. Miyazaki, “The Martens Clause and International Humanitarian Law”, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, op. cit. supra note 131, pp. 438 and 440.

<sup>136</sup> Memorial of Germany (12 June 2009), pp. 52-53, para. 85.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 54, para. 87.

la clause de Martens comme constituant elle-même une source du droit international général<sup>134</sup>, et personne n'oserait de nos jours nier que les «lois de l'humanité» et les «exigences de la conscience publique» invoquées par la clause de Martens relèvent du *jus cogens*<sup>135</sup>. D'une manière générale, cette clause fut conçue et réaffirmée à plusieurs reprises pour le bénéfice ultime de l'humanité dans son ensemble, ce qui lui permet de rester d'actualité. La clause peut être considérée comme une expression de la raison d'humanité imposant des limites à la raison d'Etat.

### 3. L'incidence du *jus cogens* à la lumière des arguments des Parties

140. Les considérations qui précèdent m'inspirent une dernière série de brèves réflexions sur l'incidence du *jus cogens*, à la lumière des arguments de l'Italie et de l'Allemagne dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Sur cette question en particulier, ainsi que dans le contexte de l'espèce, leurs argumentations ne sont pas si divergentes que l'on pourrait peut-être s'y attendre. Certes, dans son mémoire, l'Allemagne se livre d'abord à une critique des motifs de la *Corte di Cassazione* italienne dans son arrêt de 2004 en l'affaire *Ferrini* car, d'après elle :

«Le *jus cogens* en tant que concept juridique n'existait pas à l'époque de la survenance des violations dont les demandeurs tentent de tirer grief. Dès lors, appliquer le critère du *jus cogens* aux événements tragiques de la seconde guerre mondiale ne correspond pas aux règles générales relatives à l'application du droit international dans le temps. Tout comportement doit être apprécié au regard des critères en vigueur au moment où il était pratiqué.»<sup>136</sup>

Elle ajoutait ensuite que, «puisque le droit international repose essentiellement sur le consentement des Etats», c'est dans la «pratique générale» de ces derniers que devaient être cherchées les réponses quant aux conséquences «découlant d'une violation d'une règle de *jus cogens*»<sup>137</sup>.

141. De telles affirmations ne résistent pas à un examen plus approfondi. L'antinomie entre le consentement des Etats et le *jus cogens* est on ne peut plus grande. La pratique des Etats, marquée, comme elle l'est habituellement, par l'incohérence, ne saurait à elle seule servir de repère lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de la violation d'une norme impérative du droit international général (*jus cogens*), au sens des articles 53

<sup>134</sup> F. Münch, «Le rôle du droit spontané», *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional — Libro-Homenaje al Prof. D. A. Truyol y Serra*, vol. II, Madrid, Univ. Complutense, 1986, p. 836.

<sup>135</sup> S. Miyazaki, «The Martens Clause and International Humanitarian Law», *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, op. cit. supra note 131, p. 438 et 440.

<sup>136</sup> Mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), p. 52-53, par. 85.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 54, par. 87.

ties (1969 and 1986). When the first of those Vienna Conventions was adopted, it marked the emergence of *jus cogens* only in the domain of the *law of treaties*. In the course of the official debates of the Vienna Conference of 1986, which adopted the second Vienna Convention, I deemed it fit to warn of the manifest *incompatibility* between *jus cogens* and the static positivist-voluntarist conception of international law (with emphasis on the will or consent of States)<sup>138</sup>.

142. The truth is that *jus cogens* goes well beyond the law of treaties, and this is not new. Still in its Memorial, Germany asserts that, “undoubtedly”, *jus cogens* “prohibits genocide”; and it promptly concedes, in this connection, that: “This ban has its legal foundation both in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and in (earlier) general rules of international law.”<sup>139</sup>

Thus, Germany itself rightly — and commendably — recognizes the incidence of *jus cogens* going well back into the past, and well before the relevant provisions (Articles 53 and 64) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. It ends up by recognizing that *jus cogens* (in general international law) prohibited genocide already at the times of the crimes of the Third Reich, which shocked the conscience of humankind. Even before the end of the nineteenth century (on the occasion of the First Hague Peace Conference of 1899), the prohibition of genocide was deeply-rooted in the universal juridical conscience, or in “the dictates of the public conscience”, to paraphrase the Martens clause (*supra*).

143. The 1948 Convention against Genocide went on to put that on paper, after the horrors of the Third Reich. But well before that Convention, everyone with a sane mind knew perfectly well that the perpetration of genocide is a *wrongful* act, is a crime, it goes against the law. As to the treatment of detained persons, in its Counter-Memorial in the present case, Italy, on its turn, in relation to *jus cogens*, considers that

“It seems to be universally accepted that, even before the Second World War, provisions concerning the treatment of prisoners had a non-derogable character. (. . .) The Charter annexed to the Agreement of 8 August 1945 establishing the Nuremberg International Military Tribunal qualified as war crimes the violations of the laws or customs of war. The Tribunal found that, by 1939, the humanitarian rules included in the Regulations annexed to the Hague Con-

<sup>138</sup> Cf. *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organization* (Vienna, 18 February-21 March 1986), Vol. I, N.Y., 1995, pp. 187-188 [intervention by Mr. Cançado Trindade (Brazil)].

<sup>139</sup> Memorial of Germany (12 June 2009), p. 53, para. 86.

et 64 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (de 1969 et de 1986). L'adoption de la première de ces conventions marqua l'émergence du *jus cogens* uniquement dans le domaine du *droit des traités*. Pendant les débats officiels de la conférence de Vienne de 1986, lors de laquelle fut adoptée la seconde convention de Vienne, j'avais cru nécessaire de mettre en garde contre l'*incompatibilité* manifeste entre le *jus cogens* et la conception statique, positiviste et volontariste du droit international (mettant l'accent sur la volonté ou le consentement des Etats)<sup>138</sup>.

142. En réalité, le *jus cogens* va bien au-delà du droit des traités, ce qui n'est pas nouveau. Toujours dans son mémoire, l'Allemagne affirme que «sans doute», le *jus cogens* «interdit le génocide», et reconnaît aussitôt, à cet égard, que: «Cette interdiction trouve son fondement juridique tant dans la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide que dans des règles générales (plus anciennes) du droit international.»<sup>139</sup>

Ainsi, l'Allemagne elle-même reconnaît à juste titre — ce qui est louable — l'incidence du *jus cogens*, qui remonte assez loin dans le passé et qui est largement antérieure aux dispositions pertinentes (art. 53 et 64) de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Elle finit par reconnaître que le *jus cogens* (en droit international général) interdisait déjà le génocide à l'époque des crimes du III<sup>e</sup> Reich, qui heurtèrent la conscience de l'humanité. Même avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (à l'occasion de la première conférence de la paix de La Haye de 1899), l'interdiction du génocide était profondément ancrée dans la conscience juridique universelle ou, pour paraphraser la clause de Martens (*supra*), dans les «exigences de la conscience publique».

143. La convention de 1948 contre le génocide a consacré cette interdiction, après les horreurs du III<sup>e</sup> Reich. Néanmoins, bien avant cette convention, toute personne saine d'esprit savait parfaitement que la perpétration d'actes de génocide constitue un acte *illicite*, un crime, qu'elle est contraire à la loi. Pour ce qui est du traitement des personnes détenues, l'Italie estime de son côté, dans son contre-mémoire déposé dans la présente affaire, à propos du *jus cogens*, que:

«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. ... 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 guerre. Le Tribunal jugea qu'en 1939 les règles humanitaires figurant dans le règlement annexé à la IV<sup>e</sup> convention

<sup>138</sup> Cf. Nations Unies, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales* (Vienne, 18 février-21 mars 1986), vol. I, New York, Nations Unies, 1995, p. 193-194 (intervention de M. Cançado Trindade (Brésil)).

<sup>139</sup> Mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), p. 53, par. 86.



vention IV of 1907 ‘were recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war’.

In 1946, General Assembly resolution 95 (I) confirmed the Nuremberg Principles as regards international crimes. Even if the context was that of individual criminal responsibility and not of State responsibility and *jus cogens* definition, it cannot be denied that the criminalization of violations of humanitarian law committed during the Second World War is indicative of the idea that such violations were considered, already at that time, as affecting the most fundamental values of the international community.”<sup>140</sup>

144. In fact, we can go back — even before the Second Hague Peace Conference (1907) — to the time of the First Hague Peace Conference (1899), in the line of the viewpoints submitted to the Court by both Germany and Italy, not necessarily diverging herein. By the end of the nineteenth century, in the days of the First Hague Peace Conference, there was a sense that States could incur delictual responsibility for mistreatment of persons (e.g., for transfer of civilians for forced labour); this heralded the subsequent age of criminal responsibility of individual State officials, with the typification of war crimes and crimes against humanity.

145. The gradual awakening of human conscience led to the evolution from the conceptualization of the *delicta juris gentium* to that of the violations of international humanitarian law (in the form of war crimes and crimes against humanity) — the Nuremberg legacy — and from these latter to that of the *grave* violations of international humanitarian law (with the four Geneva Conventions on international humanitarian law of 1949, and their I Additional Protocol of 1977)<sup>141</sup>. With that gradual awakening of human conscience, likewise, human beings ceased to be *objects* of protection and became reckoned as *subjects* of rights, starting with the fundamental right to life, encompassing the *right of living* in dignified conditions.

146. Human beings were recognized as *subjects* of rights in all circum-

<sup>140</sup> Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), pp. 62-63, paras. 4.62-4.63.

<sup>141</sup> I Geneva Convention, Articles 49-50; II Geneva Convention, Articles 50-51; III Geneva Convention, Articles 129-130; IV Geneva Convention, Articles 146-147; I Additional Protocol, Articles 85-88. The I Additional Protocol of 1977 (Article 85) preferred to stick to the terminology of the four Geneva Conventions of 1949 in this particular respect, and maintained the expression of “grave breaches” on international humanitarian law, in view of the “purely humanitarian objectives” of those humanitarian treaties; yet, it saw it fit to state that “grave breaches” of those treaties (the four Geneva Conventions and the I Additional Protocol) “shall be regarded as war crimes” (Article 85 (5)). Cf. Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 990 and 1003.

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 guerre».

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.»<sup>140</sup>

144. En réalité, on peut remonter — même avant la deuxième conférence de la paix de La Haye (1907) — à l'époque de la première conférence de la paix de La Haye (1899), conformément aux vues exprimées devant la Cour tant par l'Allemagne que par l'Italie et qui ne divergent pas nécessairement sur ce point. A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, on estimait, lors de la première conférence de la paix de La Haye, que les Etats pourraient voir leur responsabilité délictuelle engagée en cas de mauvais traitements infligés à des personnes (à raison, par exemple, du transfert de civils pour travail forcé); cela annonçait l'époque de la responsabilité pénale des agents individuels de l'Etat qui suivit, avec la consécration des concepts de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

145. L'éveil progressif de la conscience humaine conduisit à l'évolution allant de la consécration du concept des *delicta juris gentium* à celle des violations du droit international humanitaire (sous la forme des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) — représentant l'héritage de Nuremberg — suivie de celle des violations *graves* du droit international humanitaire (avec les quatre conventions de Genève sur le droit international humanitaire de 1949 et leur protocole additionnel I de 1977)<sup>141</sup>. A la suite de cet éveil progressif de la conscience humaine, les êtres humains cessèrent également d'être un *objet* de protection pour être considérés comme des *sujets* de droits, à commencer par le droit fondamental à la vie, comportant le *droit de vivre* dignement.

146. Les êtres humains furent reconnus comme *sujets* de droits en toutes

<sup>140</sup> Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 62-63, par. 4.62-4.63.

<sup>141</sup> Première convention de Genève, art. 49 et 50; deuxième convention de Genève, art. 50 et 51; troisième convention de Genève, art. 129 et 130; quatrième convention de Genève, art. 146 et 147; protocole additionnel I, art. 85 à 88. Le protocole additionnel I de 1977 (art. 85) a préféré s'en tenir à cet égard à la terminologie des quatre conventions de Genève de 1949 et a conservé l'expression d'«infractions graves» au droit international humanitaire, étant donné les «objectifs purement humanitaires» de ces traités humanitaires; il a néanmoins jugé nécessaire de préciser que les «infractions graves» à ces traités (les quatre conventions de Genève et le protocole additionnel I) «[étaient] considérées comme des crimes de guerre» (art. 85, par. 5). Cf. Y. Sandoz, Ch. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire sur les protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Nijhoff, 1987, p. 1016 et 1027.

stances, in times of peace as well as of armed conflict. As to the former, may it here be briefly recalled that, well before the 1948 Universal Declaration of Human Rights, in the inter-war period, the pioneering experiments of the minorities system and the mandates system under the League of Nations granted direct access to the individuals concerned to international instances (the Minorities Committees and the Permanent Mandates Commission, respectively), in order to vindicate the rights emanated *directly* from the law of nations (the evolving *jus gentium*). As to the latter, likewise, as from the Second Hague Peace Conference of 1907 onwards, human beings were recognized as being entitled to war reparations claims.

147. A detailed factual account of the cruelty and the untold human suffering of deportation and forced labour of workers and of the civilian population (of occupied Belgium)<sup>142</sup>, already in the First World War (period 1916-1918), published in 1928, observed that

“The system of deportation set up in the autumn of 1916 essentially consisted in the widespread requisitioning or mass conscription of working-class males, in order to meet the labour requirements of the German war machine (. . .)

Such requisitioning is clearly in breach of international law, both traditional and as codified by the Hague Conventions.”<sup>143</sup> [*Translation by the Registry.*]

Two decades later, the IV Geneva Convention (1949) expressly prohibited forcible transfers<sup>144</sup>, in addition to the earlier restrictions set forth in the 1907 Hague Regulations (IV Hague Convention). Those international instruments came to be regarded as declaratory of the evolving customary law on the matter<sup>145</sup>.

148. The 1907 Hague Regulations (IV Hague Convention) contained restrictions, rather than a peremptory prohibition, because at the beginning of the twentieth century the practice of deporting persons came to be regarded as “having fallen into abeyance”. But the worst was still to come, with the imposed formation of a “forced labour service”, over two World Wars, with its appalling features, insufficiently examined by his-

<sup>142</sup> Cf. F. Passelecq, *Déportation et travail forcé des ouvriers et de la population civile . . .*, *op. cit. supra* note 23, pp. 318-320, 329-330, 334-335, 374-376 and 394. The author ends his book (on the considerable suffering of those subjected to deportation and forced labour from 1916-1918) with these words: “We will not draw any conclusions. For a number of reasons, it is preferable that the reader be left directly confronted with the facts, to hear their silent message without human intervention” [*translation by the Registry*]; *ibid.*, p. 404. He let the facts speak for themselves.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 374.

<sup>144</sup> Article 49 (1), in addition to Article 147 on unlawful deportations or transfers.

<sup>145</sup> Cf., e.g., J.-M. Henckaerts, “Deportation and Transfer of Civilians in Time of War”, 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1993), pp. 469-519.

circonstances, en temps de paix comme en temps de conflit armé. Pour ce qui est du temps de paix, il convient de rappeler brièvement que, bien avant la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les expériences pionnières du système des minorités et du système des mandats mis en place dans le cadre de la Société des Nations au cours de l'entre-deux-guerres octroyaient un accès direct aux individus concernés aux instances internationales (respectivement les Comités des minorités et la Commission permanente des mandats) pour leur permettre de faire valoir les droits découlant *directement* du droit des gens (le *jus gentium* en évolution). Pour ce qui est de ce dernier également, à partir de la deuxième conférence de la paix de La Haye, les êtres humains se voyaient reconnaître le droit de revendiquer des réparations de guerre.

147. Dans un récit factuel détaillé publié en 1928, décrivant la cruauté et les souffrances humaines indicibles causées par la déportation et la soumission au travail forcé des travailleurs et de la population civile (de la Belgique occupée)<sup>142</sup>, déjà au cours de la première guerre mondiale (1916-1918), il était observé :

«Le système de déportation institué à l'automne de 1916 consiste essentiellement dans la réquisition généralisée ou levée en masse de la classe ouvrière masculine pour les besoins de main-d'œuvre de l'organisme de guerre allemand...

Pareille réquisition est formellement contraire au droit des gens, tant traditionnel que codifié par les Conventions de La Haye.»<sup>143</sup>

Deux décennies plus tard, la quatrième convention de Genève (1949) interdisait expressément les transferts forcés<sup>144</sup>, en plus des restrictions antérieures prévues dans le règlement de La Haye de 1907 (convention IV de La Haye). Ces instruments internationaux finirent par être regardés comme déclaratoires du droit coutumier évolutif en la matière<sup>145</sup>.

148. Le règlement de La Haye de 1907 (convention IV de La Haye) contenait des restrictions plutôt qu'une interdiction impérative car, au début du XX<sup>e</sup> siècle, la pratique des déportations était déjà considérée comme «tombée en désuétude». Or, le pire était à venir, avec l'institution imposée, pendant les deux guerres mondiales, d'un «service de travail forcé» aux traits épouvantables qui n'a toujours pas été suffisamment

<sup>142</sup> Cf. F. Passelecq, *Déportation et travail forcé des ouvriers et de la population civile...*, *op. cit. supra* note 23, p. 318-320, 329-330, 334-335, 374-376 et 394. L'auteur termine son ouvrage (consacré aux grandes souffrances de ceux qui furent déportés et astreints au travail forcé pendant la période de 1916 à 1918) par les mots suivants : «Nous ne formulerons pas de conclusion. Pour plusieurs raisons, il est préférable que le lecteur reste immédiatement en présence des faits et entende leur leçon muette sans interposition de personne» (*ibid.*, p. 404). Il laissait les faits parler d'eux-mêmes.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 374.

<sup>144</sup> Art. 49, par. 1, en plus de l'article 147 relatif aux déportations ou transferts illégaux.

<sup>145</sup> Cf., par exemple, J.-M. Henckaerts, «Deportation and Transfer of Civilians in Time of War», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 26, 1993, p. 469-519.

torians to date: “millions of human beings were torn from their homes, separated from their families and deported from their country, usually under inhumane conditions”<sup>146</sup>.

They were in this way sent to forced labour in the war industry. Such events disclosed the necessity of “more detailed provisions” on the matter, giving expression to a prohibition which was already present in human conscience. Accordingly, in the IV Geneva Convention of 1949, “unlawful deportation or transfer” was introduced among the grave breaches, defined in Article 147 of the Convention as calling for the most severe penal sanctions”<sup>147</sup>.

149. Thus, by the mid-twentieth century any doubt was dispelled that prohibitions of the kind had come to be regarded as “having been embodied in international law”<sup>148</sup>. As to the idea of *jus cogens*, it had found expression even earlier, in relation to distinct situations, keeping in mind general international law and the very foundations of the international legal order. The expression “*jus cogens*” was utilized by Judge Schücking, of the PCIJ, in his separate opinion in the *Oscar Chinn* case<sup>149</sup>. One year later, in his course at the Hague Academy of International Law, A. Verdross also evoked the expression “*jus cogens*”, and referred himself to the aforementioned separate opinion of Judge Schücking<sup>150</sup>.

150. In the same year of 1935, another scholar, J. H. W. Verzijl, endorsing the views of Judge Schücking in his invocation of *jus cogens* in the *Oscar Chinn* case (in his own words, “M. Schücking, le juge allemand, me paraît avoir parfaitement raison”), also referred to *jus cogens*, and was quite critical of the decision of the PCIJ in the *Oscar Chinn* case for having pursued an essentially voluntarist-positivist approach (unfortunately still *en vogue* in our days). In the words of J. H. W. Verzijl,

“( . . . ) To a fundamental question of public international law, the Judgment gave a highly regrettable response. At issue was what the Court should do when a treaty is claimed by some of its parties to be totally null and void because it violates certain pre-existing *jus cogens* norms ( . . . )

The position is quite simple: if the Court accepts that the later text infringes pre-existing norms of a *jus cogens* character, it cannot

<sup>146</sup> Jean S. Pictet *et al.* (eds.), *Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, ICRC, 1958, p. 278.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>149</sup> *Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium)*, Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63, pp. 148-150, esp. p. 149.

<sup>150</sup> Cf., A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, 52 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1935), pp. 206 and 243.

étudié par les historiens : «des millions d'êtres humains ont été arrachés à leur foyer, séparés de leur famille et déportés hors de leur pays, le plus souvent dans des conditions inhumaines»<sup>146</sup>.

Ils ont ainsi été astreints au travail forcé dans l'industrie de la guerre. De tels événements ont mis en évidence la nécessité de «précisions» sur ce point afin d'énoncer une prohibition qui existait déjà dans la conscience humaine. En conséquence, dans la quatrième convention de Genève de 1949, «la déportation ou le transfert illégaux» ont été inclus parmi les crimes définis à l'article 147 de la Convention et désignés comme appelant les sanctions pénales les plus graves»<sup>147</sup>.

149. Ainsi, vers le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, il ne subsistait plus aucun doute quant au fait que les interdictions de ce genre avaient fini par être considérées comme «incorporées au droit des gens»<sup>148</sup>. En ce qui concerne l'idée du *jus cogens*, elle avait trouvé son expression même avant cela, à propos de situations différentes, en gardant à l'esprit le droit international général et les fondements mêmes de l'ordre juridique international. L'expression de «*jus cogens*» fut employée par le juge Schücking, de la CPJI, dans son opinion individuelle en l'affaire *Oscar Chinn*<sup>149</sup>. Un an plus tard, dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, A. Verdross évoquait également le «*jus cogens*» et renvoyait à l'opinion individuelle susmentionnée du juge Schücking<sup>150</sup>.

150. Toujours en 1935, un autre auteur, J. H. W. Verzijl, souscrivant aux vues du juge Schücking qui invoquait le *jus cogens* dans l'affaire *Oscar Chinn* (pour reprendre ses termes : «M. Schücking, le juge allemand, me paraît avoir parfaitement raison»), se référait également au *jus cogens* et se montrait assez critique quant à l'arrêt de la CPJI dans l'affaire *Oscar Chinn*, à cause de l'approche essentiellement volontariste et positiviste qu'elle avait retenue (et qui est malheureusement toujours en vogue de nos jours). Pour reprendre les termes de J. H. W. Verzijl :

«A une question fondamentale du droit international public, l'arrêt a donné une solution des plus regrettables. En effet, il s'agissait de savoir quelle était la tâche de la Cour dans le cas d'un traité accusé par quelques-uns de ses membres d'être entaché de nullité absolue pour cause de violation de certaines normes antérieures ayant le caractère de droit impératif (*jus cogens*). ...

La situation est assez simple : lorsqu'elle reconnaît que l'acte postérieur est contraire aux normes antérieures, revêtues du caractère de

<sup>146</sup> Jean S. Pictet et al. (dir. publ.), *Commentaire sur la convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1958, p. 300.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>149</sup> *Oscar Chinn (Royaume-Uni c. Belgique)*, arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 148-150, spécialement p. 149.

<sup>150</sup> Cf. A. Verdross, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 52, 1935, p. 206 et 243.

apply the treaty, and must consider it null and void in its totality, even if that nullity is not invoked by any of the parties to the dispute. In such a situation, nullity is automatic and the Court must make a finding to that effect *proprio motu*.

The Permanent Court, however, failed to do this (. . .) I have no hesitation in describing this Judgment as a *pessimi exempli*. Because, by submitting to the will of the parties to the dispute, the Court, by this unfortunate Judgment, has opened the door to all manner of evasions of peremptory norms of international law. Through this Judgment, it has prepared the ground for States to escape — with impunity, and indeed with its tacit approval — the application of rules of law previously recognized as necessarily representing for the future an unshakeable basis for international relations.”<sup>151</sup> [*Translation by the Registry.*]

151. My own view, as I have already pointed out, is that States cannot waive claims of violations of the fundamental rights inherent to the human person, and any purported waiver to that effect would be deprived of any juridical effects. This applies even more forcefully if those violations (under the international law of human rights) are also serious or grave breaches of international humanitarian law and amount to war crimes. This was already recognized in the mid-twentieth century, in respect of deportation to slave labour. Thus, the 1945 [London] Charter of the International Military Tribunal (of Nuremberg) included “deportation to slave labour” among “*war crimes*, namely, violations of the *laws or customs of war*” (Article 6 (b)). The 1945 Charter of the Nuremberg Tribunal further included “enslavement” and “deportation” among “*crimes against humanity*” (Article 6 (c)).

152. Shortly after the adoption of the Charter of the Nuremberg Tribunal, the UN International Law Commission (ILC) was directed by the UN General Assembly resolution 177 (II), paragraph (a), to “formulate the principles of international law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal”. In pursuance of the General Assembly resolution, the ILC started considering the subject at its very first session. The ILC espoused the view that

“since the Nuremberg principles had been affirmed by the General Assembly, the task entrusted to the Commission by paragraph (a) of resolution 177 (II) was not to express any appreciation of these principles as principles of international law but merely to formulate them”<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> J. H. W. Verzijl, “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, 15 *Revue de droit international* (1935), pp. 321-322.

<sup>152</sup> UN, *Yearbook of the International Law Commission* (1950), Vol. II, p. 374.

*jus cogens*, la Cour est obligée de le laisser hors application, comme étant absolument nul, quand même aucune des parties litigantes n'invoque cette nullité. Dans une hypothèse pareille, la nullité est de droit et doit être constatée d'office.

Mais la Cour permanente n'a pas fait ainsi. ... Je n'hésite pas à qualifier cet arrêt de *pessimi exempli*. Car, en effet, en se soumettant à la volonté des parties litigantes, la Cour a, par cet arrêt regrettable, ouvert la porte à toutes sortes de fraudes au droit des gens impératif. ... N'a-t-elle pas, par cet arrêt, préparé aux Etats les voies pour se dérober impunément, voire même sous sa sanction tacite, aux règles de droit reconnues antérieurement comme devant constituer pour l'avenir la base inébranlable des rapports internationaux?»<sup>151</sup>

151. J'estime, comme je l'ai déjà fait savoir, que les Etats ne sauraient renoncer aux revendications portant sur des violations des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine et que toute prétendue renonciation en ce sens serait dépourvue d'effets juridiques. Il en est ainsi, à plus forte raison, si ces violations (visées par le droit international des droits de l'homme) représentent également des violations graves du droit international humanitaire et constituent des crimes de guerre. Cela avait déjà été reconnu au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, en ce qui concerne la déportation en vue du travail forcé. Ainsi, le Statut [de Londres] de 1945 du Tribunal militaire international (de Nuremberg) faisait figurer la «déportation pour travail forcé» parmi les «*crimes de guerre*, c'est-à-dire les violations des *lois et coutumes de la guerre*» (art. 6, al. *b*). Le Statut du Tribunal de Nuremberg de 1945 rangeait également la «réduction en esclavage» et la «déportation» parmi les «*crimes contre l'humanité*» (art. 6, al. *c*).

152. Peu après l'adoption du Statut du Tribunal de Nuremberg, la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) fut chargée par l'Assemblée générale des Nations Unies, aux termes de l'alinéa *a*) de sa résolution 177 (II), de «formuler les principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour». Conformément à la résolution de l'Assemblée générale, la CDI procéda à l'examen de la question dès sa toute première session. La CDI était d'avis que :

«les principes de Nuremberg ayant été reconnus par l'Assemblée générale, la tâche confiée à la Commission aux termes de l'alinéa *a*) de la résolution 177 (II) ne consistait pas à porter un jugement sur ces principes en tant que principes du droit international, mais purement et simplement à les formuler»<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> J. H. W. Verzijl, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Revue de droit international*, vol. 15, 1935, p. 321-322.

<sup>152</sup> ONU, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 374.



This view was approved by the General Assembly in 1949, and, after the consideration of the report on the matter (*rapporteur*, Jean Spiropoulos), the ILC adopted, in its session of 1950, a formulation of the principles of international law formulated in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal<sup>153</sup>.

153. Principle VI of the ILC's formulation of the Nuremberg Principles included, among "*war crimes*", the "deportation to slave labour or for any purpose of civilian population of or in occupied territories"; and it likewise included, among "*crimes against humanity*", "enslavement" and "deportation" of "any civilian population"<sup>154</sup>. In sum, the ILC only formulated the principles at issue, which had already been recognized by the international community, and duly asserted by the UN General Assembly. The "dictates of the public conscience" — to paraphrase the Martens clause — had already echoed in the UN General Assembly. The international community already recognized *jus cogens*. Could claims of war crimes reparations be waived in 1947? Not at all. Could claims of reparations of crimes against humanity be waived in 1947? Not at all. Could claims of reparations of serious breaches (two years later codified as "grave breaches") of international humanitarian law be waived in 1947? Not at all; not in my perception, not in my conception.

#### XIV. CONCLUSIONS

154. May I now, at last, proceed to a summary of the foundations I have cared to lay, in the present dissenting opinion, of my own position, contrary to the decision taken by the Court's majority in the present Order. In summarily discarding the Italian counter-claim as "inadmissible as such", the Court should have at least instructed properly the *dossier* of the *cas d'espèce*, by holding, prior to the decision it has just taken, public hearings to obtain further clarifications from the contending Parties. The same treatment is to be rigorously dispensed to the original claim and the counter-claim as a requirement of the sound administration of justice (*la bonne administration de la justice*). They are, both, autonomous, and should be treated on the same footing, with a strict observance of the *principe du contradictoire*. Only in this way the *procedural equality* of the parties (Applicant and Respondent, rendered Respondent and Applicant by the counter-claim) is secured.

<sup>153</sup> *Yearbook of the International Law Commission* (1950), Vol. II, p. 374.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 377.

Ce point de vue fut approuvé par l'Assemblée générale en 1949 et, après avoir examiné le rapport présenté sur cette question (par le rapporteur Jean Spiropoulos), la CDI adopta, à sa session de 1950, une formulation des principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal<sup>153</sup>.

153. Dans le cadre des principes de Nuremberg formulés par la CDI, le principe VI rangeait parmi les «*crimes de guerre*» «la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés»; il incluait pareillement, parmi les «*crimes contre l'humanité*», la «réduction en esclavage» et la «déportation» de «toutes populations civiles»<sup>154</sup>. En somme, la CDI n'avait fait que formuler les principes en question, qui avaient déjà été reconnus par la communauté internationale et avaient été dûment affirmés par l'Assemblée générale de l'ONU. Les «exigences de la conscience publique», pour paraphraser la clause de Martens, avaient déjà trouvé un écho à l'Assemblée générale des Nations Unies. La communauté internationale reconnaissait déjà le *jus cogens*. Les créances de réparation à raison de crimes de guerre pouvaient-elles faire l'objet d'une renonciation en 1947? Non, elles ne le pouvaient point. Les créances de réparation à raison de crimes contre l'humanité pouvaient-elles faire l'objet d'une renonciation en 1947? Non, elles ne le pouvaient point. Les créances de réparation à raison de violations graves du droit international humanitaire (codifiées deux ans plus tard comme «infractions graves») pouvaient-elles faire l'objet d'une renonciation en 1947? Elles ne le pouvaient point, à mon sens et d'après mes conceptions.

#### XIV. CONCLUSIONS

154. Qu'il me soit maintenant permis, pour conclure, de récapituler les fondements de ma position, que j'ai pris le soin d'exposer dans la présente opinion dissidente, contrairement à la décision prise par la majorité de la Cour dans la présente ordonnance. Lorsqu'elle a écarté sommairement la demande reconventionnelle italienne en la déclarant «irrecevable comme telle», la Cour aurait dû pour le moins instruire comme il convient le dossier de l'affaire en tenant, avant de statuer, des audiences publiques pour obtenir davantage de précisions des Parties. Une rigoureuse égalité de traitement doit être assurée entre la demande originaire et la demande reconventionnelle, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Les deux demandes sont autonomes et devraient être traitées sur un pied d'égalité, dans le strict respect du principe du contradictoire. Ce n'est que de cette manière que l'égalité procédurale des parties (demandeur et défendeur, dont les rôles s'inversent du fait de la demande reconventionnelle) peut être assurée.

<sup>153</sup> ONU, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 374.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 377.

155. Counter-claims, as a juridical institute transposed from domestic procedural law into international procedural law, already have their history, but the ICJ's jurisprudential construction on the matter is still in the making. Article 80 (1) of the Rules of Court entitles the ICJ to entertain a counter-claim if "it comes within the jurisdiction of the Court" and "is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party". The present Order of the Court is not in line with the procedural history of the Court's handling of counter-claims (cf. *supra*). The Court, furthermore, felt it sufficient to examine only one of the requisites of Article 80 (1), on the basis, *data venia*, of erroneous assumptions as to the facts and as to the law, and failing thus to comply *in toto* with that provision of its own Rules.

156. The Order that the Court has just adopted has made abstraction of the configuration of the notion of "continuing situation" in international legal thinking, in both international litigation and case law, and in international legal conceptualization at normative level. Furthermore, it has not addressed the position of the true bearers (*titulaires*) of the originally violated rights, oblivious of the pitfalls of State voluntarism. Its emphasis fell solely on waiver of claims, again oblivious of the incidence of *jus cogens*, rendering certain waivers of claims devoid of any juridical effects (*supra*).

157. The Court has discarded the Italian counter-claim on the basis of succinct considerations in the two brief paragraphs 28 and 29, of the present Order. Paragraph 29 is a *petitio principii*, simply begging the question. The *ratio decidendi* lies in paragraph 28 of the Order: it argues that the two 1961 Agreements provided Italy with forms of compensation for certain of its nationals going beyond the "regime" established shortly after the Second World War, and that they did not affect or change the legal situation of the Italian nationals at issue in the present case. It adds that the legal situation of those Italian nationals is "inextricably linked" to an "appreciation" of the scope and effect of the waiver contained in Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty and "the different views of the Parties as to the ability of Germany to rely upon that provision".

158. This is, in fact, another *petitio principii*, trying to make one believe that there is continuity between the 1947 Peace Treaty between the Allied Powers<sup>155</sup> and Italy, and the 1961 Agreements. This *petitio*

<sup>155</sup> Namely: Union of Soviet Socialist Republics, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America, China, France, Australia, Belgium, Byelorussian Soviet Socialist Republic, Brazil, Canada, Czechoslovakia, Ethiopia, Greece, India, the Netherlands, New Zealand, Poland, the Ukrainian Soviet Socialist Republic, Union of South Africa, and the People's Federal Republic of Yugoslavia.

155. Etant une institution juridique que le droit procédural international a empruntée au droit procédural interne, les demandes reconventionnelles possèdent déjà une histoire, mais la construction jurisprudentielle de la CIJ est toujours en voie de formation. Le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour permet à la CIJ de connaître d'une demande reconventionnelle si «celle-ci relève de sa compétence» et «est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse». La présente ordonnance de la Cour n'est pas conforme aux précédents en matière de traitement par la Cour de demandes reconventionnelles (cf. *supra*). En outre, la Cour a estimé qu'il suffisait de n'examiner que l'une des conditions du paragraphe 1 de l'article 80 en partant, *data venia*, d'hypothèses erronées sur le plan factuel et juridique, n'observant dès lors pas *in toto* cette disposition de son propre Règlement.

156. L'ordonnance que la Cour vient d'adopter fait abstraction de la consécration de la notion de «situation continue» dans la pensée internationaliste, tant dans le contentieux et dans la jurisprudence internationaux que comme concept de droit international au niveau normatif. De surcroît, elle n'a pas examiné la situation des véritables titulaires des droits initialement violés, oubliant les écueils du volontarisme étatique. Elle n'a placé l'accent que sur la renonciation aux revendications, négligeant également l'incidence du *jus cogens* en vertu duquel certaines renonciations à des revendications sont dépourvues de tout effet juridique (*supra*).

157. La Cour a écarté la demande reconventionnelle de l'Italie sur la base d'une motivation succincte contenue dans deux brefs paragraphes de la présente ordonnance, les paragraphes 28 et 29. Le second de ces textes représente tout simplement une pétition de principe. La *ratio decidendi* figure au paragraphe 28 de l'ordonnance, où il est affirmé que les deux accords de 1961 ont offert à l'Italie, pour certains de ses ressortissants, des formes de réparation allant au-delà du régime institué au lendemain de la seconde guerre mondiale, et que ces accords n'ont pas affecté ou modifié la situation juridique des ressortissants italiens dont il est question dans la présente instance. Il y est ajouté que la situation juridique de ces ressortissants italiens est «inextricablement liée» à une «appréciation» de la portée et de l'effet de la renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 et aux «divergences de vues entre les Parties quant à la possibilité pour l'Allemagne de se fonder sur cette disposition».

158. Il s'agit là, en réalité, d'une nouvelle pétition de principe, cherchant à faire croire à l'existence d'une continuité entre le traité de paix de 1947 entre les Puissances alliées<sup>155</sup> et l'Italie et les accords de 1961. Cette

<sup>155</sup> A savoir : Union des Républiques socialistes soviétiques, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Etats-Unis d'Amérique, Chine, France, Australie, Belgique, République socialiste soviétique biélorusse, Brésil, Canada, Tchécoslovaquie, Ethiopie, Grèce, Inde, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Pologne, République socialiste soviétique ukrainienne, Union sud-africaine et République populaire fédérative de Yougoslavie.

*principii* ultimately leads the Court to declare that the counter-claim relates to facts and situations which already existed prior to the entry into force of the 1957 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, thus falling outside its jurisdiction *ratione temporis*, and enabling it to declare the counter-claim “inadmissible as such”. The matter summarily disposed of, in the present Order, is not so clear and self-evident as the Court’s majority seems to believe. On the basis of the considerations and reflections developed in the present dissenting opinion, I am led to conclude that the Court’s majority position does not stand, and finds no basis, neither as to the facts nor as to the law, to rely upon. It is nothing but a *petitio principii*.

159. Germany expressly acknowledges that “there exists in fact a certain divergence of opinions regarding the legal connotation of the two 1961 Agreements”<sup>156</sup>, whether they set up or not a “reparation regime”<sup>157</sup>. Germany and Italy further disagreed as to whether the celebration of the two 1961 Agreements represented a gesture of good will on the part of Germany, or else a mandatory process of settlement of reparations claims<sup>158</sup>. Germany’s obligation of effective reparation in respect of Italian victims’ claims of serious international humanitarian law violations, though finding a *historical* causal nexus in the crimes committed by the Third Reich, actually derives *juridically* from decisions of post-war Germany, formalized through the two 1961 Agreements<sup>159</sup>.

160. In this connection, both Parties have excluded occurrences of the period preceding the entry into force of the 1957 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes from the subject-matter of the present dispute, in so far as consideration of the counter-claim is concerned<sup>160</sup>. Italy makes it quite clear that “it is the issue of reparation, and not the factual and legal assessment of events of the Second World War, which forms the central point of the dispute”<sup>161</sup>. The tragic occurrences of the Second World War do not constitute the real cause of the present dispute on reparation claims; the 1961 Agreements do, and form the triggering point of a *continuing situation* persisting to date.

<sup>156</sup> Preliminary Objections of Germany..., *op. cit. supra* note 32, p. 22, para. 35.

<sup>157</sup> Cf. Observations of Italy . . ., *op. cit. supra* note 53, pp. 20 and 25, paras. 52 and 65.

<sup>158</sup> *Ibid.*, pp. 22-23, paras. 56-57.

<sup>159</sup> Cf. Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), p. 111, para. 5.63.

<sup>160</sup> Memorial of Germany (12 June 2009), pp. 8-9, para. 7; Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), pp. 37-38, paras. 3.14-3.15.

<sup>161</sup> Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), pp. 37-38, para. 3.15.

pétition de principe amène en fin de compte la Cour à déclarer que la demande reconventionnelle porte sur des faits et situations qui existaient déjà avant l'entrée en vigueur de la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends et, partant, ne relevaient pas de sa compétence *ratione temporis*, ce qui lui permettait de déclarer la demande reconventionnelle «irrecevable comme telle». Or la question tranchée sommairement en vertu de la présente ordonnance n'est pas si claire et évidente que la majorité de la Cour semble le penser. Sur la base des considérations et des réflexions exposées dans la présente opinion dissidente, je suis amené à conclure que la position de la majorité de la Cour n'est pas tenable et ne trouve de fondement ni en fait ni en droit. Elle ne constitue qu'une pétition de principe.

159. L'Allemagne reconnaît expressément qu'«il existe effectivement une certaine divergence de vues quant à la signification juridique des deux accords de 1961»<sup>156</sup>, sur le point de savoir s'ils ont ou non institué un «régime de réparation»<sup>157</sup>. L'Allemagne et l'Italie avaient également des divergences sur la question de savoir si la conclusion des deux accords de 1961 représentait un geste de bonne volonté de la part de l'Allemagne ou un processus obligatoire de règlement de revendications en matière de réparation<sup>158</sup>. Même si l'obligation de l'Allemagne de fournir une réparation effective pour ce qui est des revendications des victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire se trouve unie par un lien de causalité *historique* aux crimes commis par le III<sup>e</sup> Reich, elle découle en réalité, *sur le plan juridique*, de décisions de l'Allemagne d'après guerre qui ont trouvé une expression formelle dans les deux accords de 1961<sup>159</sup>.

160. A cet égard, les deux Parties ont exclu de l'objet du présent différend les événements de la période antérieure à l'entrée en vigueur de la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends, pour ce qui est de l'examen de la demande reconventionnelle<sup>160</sup>. L'Italie déclare en des termes assez clairs que «[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»<sup>161</sup>. Les événements tragiques de la seconde guerre mondiale ne constituent pas la cause réelle du présent différend portant sur les revendications en matière de réparation. Ce sont les accords de 1961 qui en sont la cause réelle et qui représentent le point de départ d'une *situation continue* se poursuivant à l'heure actuelle.

<sup>156</sup> Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 22, par. 35.

<sup>157</sup> Cf. Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 20 et 25, par. 52 et 65.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 22-23, par. 56-57.

<sup>159</sup> Cf. Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 111, par. 5.63.

<sup>160</sup> Mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), p. 8-9, par. 7; contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 37-38, par. 3.14-3.15.

<sup>161</sup> Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 37-38, par. 3.15.

161. As already pointed out, there is evidence to the effect that, from 1961 onwards, Germany decided no longer to avail itself of the waiver clause of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty, even retroactively; from then onwards, applications of Italian nationals would no longer be discarded (unlike what used to happen before 1961, on the basis of Article 77 (4) of the Peace Treaty). Reference has already been made, first, to the *exchange of letters* (between the Secretary of State of the German Foreign Office and the Italian Ambassador in Bonn) of 2 June 1961 (on the same day as the two Agreements were signed<sup>162</sup>, taking into account that exchange of letters), indicating that a *new obligation* had emerged, and, secondly, to the memorandum submitted to the legislative bodies by the German Federal Government on 30 May 1962, indicating its preparedness to consider claims of reparations (arising out of war crimes in the Second World War) of Italian victims<sup>163</sup>. These Agreements embodied an obligation under international law, representing not only a simple gesture of good will<sup>164</sup>.

162. Be that as it may, even if that would not be the case, the Court is not in principle bound by the submissions of the parties. In the determination of its own jurisdiction, so as *to say what the law is (juris dictio)*, it is perfectly entitled to go beyond the submissions of the contending parties. The Court is the master of its own jurisdiction. In the present case, it does not need to embark on an exercise of the kind, *motu proprio*, as the submissions of the contending Parties leave no room for doubt that the Court's jurisdiction *ratione temporis* is well-established, and the way was thus paved for it to declare the admissibility of the counter-claim.

163. The present Order seems to be at pains to concede that the two 1961 bilateral Agreements provided forms of compensation *extending beyond (allant au-delà)* the “regime” established in the aftermath of the Second World War. The truth is that the two “regimes” (of 1947 and 1961) are independent from each other, and are to be considered separately. May I recall that the celebration of the 1961 Indemnity Agreement was accompanied by an *exchange of letters* between Germany and Italy (cf. *supra*) — which cannot pass unnoticed here — wherein Germany itself held that all applications which had previously been rejected in the 1950s because of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty would be reconsidered, and new applications of Italian nationals under the Federal

<sup>162</sup> Observations of Italy . . . , *op. cit. supra* note 53, pp. 18-19, para. 46; and cf. Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), Annex 4.

<sup>163</sup> There was a clear instruction of the German Government to its legislative authorities not to object to claims to restitution on the basis of the waiver of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty; cf. also Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), pp. 108-109, para. 5.56.

<sup>164</sup> Observations of Italy . . . , *op. cit. supra* note 53, pp. 21-22, para. 55.

161. Comme il a déjà été indiqué, il existe des éléments de preuve attestant que, à partir de 1961, l'Allemagne a décidé de ne plus se prévaloir de la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, même rétroactivement; à compter de ce moment, les demandes de ressortissants italiens ne seraient plus rejetées (contrairement à ce qui se produisait avant 1961, sur la base du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix). Nous avons déjà mentionné, premièrement, l'*échange de lettres* (entre le secrétaire d'Etat allemand aux affaires étrangères et l'ambassadeur d'Italie à Bonn) du 2 juin 1961 (date qui est également celle de la signature des deux accords<sup>162</sup>, tenant compte de cet échange de lettres), indiquant qu'une *obligation nouvelle* était née, et, deuxièmement, le mémorandum présenté devant les assemblées législatives par le Gouvernement fédéral allemand le 30 mai 1962, indiquant que ce dernier était disposé à examiner des demandes de réparation de ressortissants italiens (découlant de crimes de guerre commis pendant la seconde guerre mondiale)<sup>163</sup>. Ces accords consacraient une obligation de droit international et non un simple geste de bonne volonté<sup>164</sup>.

162. En tout état de cause, même si cela n'était pas le cas, la Cour n'est en principe pas liée par les conclusions des parties. Lorsqu'elle se prononce sur sa compétence, en vue *de dire le droit (juris dictio)*, elle est parfaitement autorisée à aller au-delà des conclusions des parties en litige. La Cour est le maître de sa compétence. En l'espèce, elle n'a pas besoin de se livrer à un exercice de la sorte, *motu proprio*, étant donné que les conclusions des Parties ne laissent pas de doute quant au fait que la compétence *ratione temporis* de la Cour est bien établie, ce qui permettait à celle-ci de déclarer la demande reconventionnelle recevable.

163. La présente ordonnance semble s'empresse de reconnaître que les deux accords bilatéraux de 1961 prévoyaient des formes de compensation *allant au-delà* du «régime» institué au lendemain de la seconde guerre mondiale. En vérité, les deux «régimes» (celui de 1947 et celui de 1961) sont indépendants et doivent être examinés séparément. Qu'il me soit permis de rappeler que la conclusion de l'accord de 1961 sur l'indemnisation était accompagnée d'un *échange de lettres* entre l'Allemagne et l'Italie (cf. *supra*) — qui ne saurait ici passer inaperçu —, dans le cadre duquel l'Allemagne elle-même déclarait que toutes les demandes qui avaient auparavant été rejetées au cours des années 1950 sur le fondement du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 seraient

<sup>162</sup> Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 18-19, par. 46; et cf. contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), annexe 4.

<sup>163</sup> Le gouvernement allemand avait clairement donné pour instruction à ses autorités législatives de ne pas objecter aux demandes de restitution sur la base de la renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947; cf. également contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 108-109, par. 5.56.

<sup>164</sup> Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 21-22, par. 55.



Compensation Law of 1953<sup>165</sup> and Federal Restitution Law would be dealt *without raising objections* based on Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty.

164. The new legal reparation regime, started with the two 1961 Agreements — as explained by Germany itself in that *exchange of letters* — *does not match* the previous one established in 1947 by the Peace Treaty and that rendered Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty obsolete. A *new situation* emerged in 1961, *without continuity* with that of the 1947 Peace Treaty. This is owed to several factors. To start with, Germany was not a party to the 1947 Peace Treaty between the Allied Powers and Italy. The *mens rea* of that extensive 1947 Treaty (a piece of contemporary world history) was to strike a balance between the will of the Allied Powers to impose a heavy toll on Germany and the concomitant attempt by the Allied Powers not to undermine their chances to resort in due course to Germany's economic potential and solvency. The issue of reparation was dealt with in a piecemeal approach, tangentially, and was postponed for proper regulation at a later time.

165. The *mens rea* of the two 1961 Agreements was quite different, as their titles indicate themselves, and their contents clearly confirm it (cf. *supra*), and the celebration of the two 1961 Agreements constitutes the triggering point of a new situation, a *continuing situation* in respect of claims of war reparations which extends up to the present time. This *continuing situation* started in 1961, relating to facts subsequent to the entry into force of the 1957 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, thus falling entirely within the Court's jurisdiction *ratione temporis*, what enabled it to declare the counter-claim "admissible as such". That is what the Court should have done.

166. The present Order itself identified the Italian nationals at issue in the present case as "certain Italian victims of serious violations of humanitarian law committed by Nazi Germany between 1943 and 1945" (para. 26), that is, human beings of flesh and bones, and soul. During the 1950s, several States started to engage in political processes with Germany through the celebration of Treaties such as the two 1961 Agreements. Italy started negotiations with Germany which led to the conclusion of their two bilateral 1961 Agreements.

167. This was the first bilateral step which eventually led to the settlement of certain pending bilateral claims of reparation for war crimes.

---

<sup>165</sup> This law has been amended many times; the Federal Compensation Law of 1965 (BEG Final Law) is still in force. Cf. Counter-Memorial of Italy (22 December 2009), Annexes 5 and 6.

réexaminées, et que les nouvelles demandes de ressortissants italiens en vertu de la loi fédérale d'indemnisation de 1953<sup>165</sup> et de la loi fédérale de restitution seraient examinées *sans se voir opposer d'objections* sur la base du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947.

164. Le nouveau régime de réparation légal mis en place en vertu des deux accords de 1961 — comme l'expliquait l'Allemagne elle-même dans cet *échange de lettres* — *ne se confond pas* avec les régimes antérieurs établis en 1947 en vertu du traité de paix et rendait le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 désuet. Une *situation nouvelle* a pris naissance en 1961, *ne présentant pas de continuité* avec celle du traité de paix de 1947. Cela est dû à plusieurs facteurs. Tout d'abord, l'Allemagne n'était pas partie au traité de paix de 1947 conclu entre les Puissances alliées et l'Italie. L'intention de ce traité de 1947 au domaine vaste (qui fait partie de l'histoire contemporaine du monde) était d'assurer un équilibre entre la volonté des Puissances alliées d'imposer un lourd tribut à l'Allemagne et leur souci parallèle de ne pas compromettre leurs chances de faire appel en temps utile au potentiel économique et à la solvabilité de l'Allemagne. La question de la réparation avait été traitée selon une approche fragmentaire, de façon indirecte, et son règlement approprié avait été réservé à un stade ultérieur.

165. L'intention des deux accords de 1961 était tout à fait différente, comme leurs titres l'indiquent et comme le confirme clairement leur contenu (cf. *supra*), et leur conclusion constitue le point de départ d'une situation nouvelle, une *situation continue* en ce qui concerne les réclamations en matière de réparations de guerre, qui se poursuit actuellement. Cette *situation continue* a commencé en 1961, au sujet de faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends et relevant donc pleinement de la compétence *ratione temporis* de la Cour, ce qui permet à celle-ci de déclarer la demande reconventionnelle «recevable comme telle». C'est ce que la Cour aurait dû faire.

166. La présente ordonnance a elle-même désigné les ressortissants italiens dont il s'agit en l'espèce par l'expression «certaines victimes italiennes de violations sérieuses du droit humanitaire commises par l'Allemagne nazie entre 1943 et 1945» (par. 26), c'est-à-dire des êtres humains en chair et en os et doués d'une âme. Au cours des années 1950, plusieurs Etats commencèrent à s'engager dans des processus politiques avec l'Allemagne en concluant des traités du type des deux accords de 1961. L'Italie entama des négociations avec l'Allemagne qui débouchèrent sur la conclusion de ces deux accords bilatéraux de 1961.

167. Ce fut la première initiative bilatérale qui aboutit en fin de compte au règlement de certaines réclamations bilatérales pendantes portant sur

<sup>165</sup> Cette loi fut modifiée à plusieurs reprises; la loi fédérale d'indemnisation de 1965 (loi BEG finale) est toujours en vigueur. Cf. contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), annexes 5 et 6.

Shortly afterwards, in the aforementioned *exchange of letters* following the celebration of the 1961 Indemnity Agreement, Germany interpreted the waiver clause and explicitly held that it was not applicable (cf. *supra*). The 1961 Agreements are the ones to which both Germany and Italy are parties, and the Court cannot thus “link” (even less so “inextricably”!) the situation of war reparation claims of the Italian victims at issue here, with the one established between Italy and the Allied Powers (not Germany). But this is not all.

168. May I further recall that Germany’s conception of the waiver clause contained in Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty was again, for a second time, clarified in 1962. The Federal Government instructed the German authorities in charge, on 30 May 1962, *not to raise objections* based on Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty in case of claims of restitution, due to the special character of the claims to compensation for measures of Nazi persecution (cf. *supra*). Unlike what the Court’s majority assumes, the “regime” of the 1947 Peace Treaty was not “continued” or perfected by the 1961 Agreements: it was simply replaced. Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty had become obsolete, and thus no longer applicable.

169. The relationship between the Peace Treaty of 1947 and the two Agreements of 1961 cannot at all be described as one of continuity. There is merely a historical causal *nexus*, which does not entail the exclusion of the Court’s jurisdiction *ratione temporis* over the Italian counter-claim. As I previously observed, the international *contentieux* of reparations is endowed with a dynamics of its own, and there are nowadays many examples in international litigation to that effect (cf. *supra*). Under these circumstances, the Court does not need to “appreciate” (as the Order says), the scope and effect of the waiver contained in Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty in order to decide whether the counter-claim falls within its jurisdiction.

170. This “appreciation” was, in any case, undertaken by Germany itself, already in 1961 and 1962, and deprived that waiver clause of its *raison d’être*. The Court’s Order seeks to establish an “inextricable link” (only in its imagination) between the 1947 waiver, fallen into *desuetudo*, and the legal situation of the victimized Italian nationals concerned, in order to conclude that the present dispute relates to facts or situations existing prior to 1961, so as to find itself deprived of jurisdiction *ratione temporis*. However, Germany’s position as to that waiver clause had only been established in 1961, and not earlier, in the sense of rendering the waiver clause at issue inapplicable.

171. Germany recognized that the waiver of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty had no longer any effect. Applications (for compensation) which had been previously rejected in the 1950s on the ground of Article 77 (4) would be reconsidered, and new applications (of Italian nationals)

des réparations à raison de crimes de guerre. Peu après, dans le cadre de l'*échange de lettres* susmentionné ayant suivi la conclusion du traité d'indemnisation de 1961, l'Allemagne interpréta la clause de renonciation et déclara expressément qu'elle n'était pas applicable (cf. *supra*). Les accords de 1961 sont ceux auxquels tant l'Allemagne que l'Italie sont parties, et la Cour ne saurait dès lors «lier» (et encore moins «inextricablement») la situation des réclamations des ressortissants italiens portant sur des réparations de guerre en question à celle créée entre l'Italie et les Puissances alliées (et non l'Allemagne). Or cela n'est pas tout.

168. Qu'il me soit également permis de rappeler que la conception de l'Allemagne au sujet de la clause de renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 fut clarifiée une seconde fois en 1962. Le Gouvernement fédéral donna pour instruction aux autorités compétentes allemandes, le 30 mai 1962, *de ne pas opposer d'objections* basées sur le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 aux demandes de restitution, à cause de la nature particulière des créances de réparation à raison des mesures de persécution nazies (cf. *supra*). Contrairement à ce qu'estime la majorité de la Cour, le «régime» du traité de paix de 1947 ne fut pas «continué» ou parachevé par les accords de 1961, mais fut tout simplement remplacé. Le paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 était tombé en désuétude et n'était plus applicable.

169. Le rapport entre le traité de paix de 1947 et les deux accords de 1961 ne saurait être analysé comme une relation de continuité. Il n'existe entre eux qu'un lien de causalité historique, qui n'a pas pour effet d'exclure la compétence *ratione temporis* de la Cour à l'égard de la demande reconventionnelle de l'Italie. Comme je l'ai précédemment observé, le différend international en matière de réparations possède sa dynamique propre et le contentieux international offre de nos jours de nombreux exemples en ce sens. Au vu de cela, il n'est pas nécessaire que la Cour «apprécie» (pour reprendre les termes de l'ordonnance) la portée et l'effet de la renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 afin de décider si la demande reconventionnelle relève de sa compétence.

170. C'est en tout cas l'Allemagne elle-même qui a procédé à cette «appréciation», déjà en 1961 et 1962, en privant la clause de renonciation de sa raison d'être. Dans son ordonnance, la Cour cherche à établir un «lien inextricable» (n'existant que dans son imagination) entre la renonciation de 1947, tombée en désuétude, et la situation juridique des victimes italiennes concernées, afin de conclure que le présent différend porte sur des faits ou situations antérieurs à 1961 pour se déclarer incompétente *ratione temporis*. Or la position de l'Allemagne au sujet de cette clause de renonciation ne fut établie qu'en 1961, et non avant, et tendait à priver d'effet la clause de renonciation en question.

171. L'Allemagne reconnaissait que la renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ne produisait plus aucun effet. Les demandes (d'indemnisation) qui avaient auparavant été rejetées au cours des années 1950 sur le fondement du paragraphe 4 de l'article 77

under the Federal Compensation Law of 1953 and Federal Restitution Law would be dealt without raising objections based on Article 77 (4) of the 1949 Peace Treaty. Germany's position disclosed a juridical conviction that the 1947 purported waiver of claims against it was no longer to have legal effects, on ground of obsolescence. Germany expressed its belief not to be obliged by the waiver clause of 1947. Its subsequent practice — the aforementioned *exchange of letters*, and the memorandum (*Denkschrift*) of 30 May 1962 — affected directly the waiver clause of the 1947 Peace Treaty.

172. A new *continuing situation* thus emerged in 1961 as to war reparation claims, extending to the establishment in 2000 of the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation, and from then to date. This is what Italy actually expressed before the Court<sup>166</sup>, adding that

“as Germany has always (. . .) acknowledged its international responsibility deriving from the conduct of the German Reich, (. . .) the present dispute did not arise because of the unlawful conduct of German authorities during the Second World War. (. . .) It does not constitute the source or real cause of the present dispute”<sup>167</sup>.

This was triggered much later, with the celebration of the two 1961 German-Italian Agreements.

173. In addition, and much to my regret, the Court's decision in the present Order seems more open and receptive to the sensitivity of States than to that of the victimized human beings, subjected to deportation and sent to forced labour. Unfortunately for its posture, not seldom States appear to be even more sensitive than human beings, so they are unlikely to be pleased, anyway. The Court's tenacious search to identify, above all, the will of States, is also, in my view, much to be regretted. Its decision in the present Order, in my view, does not stand, however, even from its voluntarist outlook. Germany itself cared to show, in its new posture (as from 1961 onwards) in relation to the 1947 waiver, that to try to build a legal reasoning on a waiver of the kind is like trying to build a castle in the sand.

174. After all, above the will stands human conscience. Moved by this latter, the contending Parties, Germany and Italy, agreed to submit their present dispute (original claim and counter-claim) to this Court. By means of their respective original claim and counter-claim, Italy and Ger-

<sup>166</sup> Observations of Italy..., *op. cit. supra* note 53, pp. 9-10, para. 21.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 9, para. 20.

seraient réexaminées, et les nouvelles demandes (de ressortissants italiens) en vertu de la loi fédérale d'indemnisation de 1953 et de la loi fédérale de restitution seraient examinées sans se voir opposer d'objections tirées du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947. La position de l'Allemagne révélait que celle-ci était convaincue, sur le plan juridique, que la prétendue renonciation de 1947 concernant les revendications dirigées contre elle ne devrait plus produire d'effets de droit car elle était tombée en désuétude. L'Allemagne laissait entendre qu'elle ne s'estimait pas tenue par la clause de renonciation de 1947. Sa pratique ultérieure, à savoir l'*échange de lettres* susmentionné et le mémorandum (*Denkschrift*) du 30 mai 1962, affectait directement la clause de renonciation du traité de paix de 1947.

172. Une nouvelle *situation continue* a donc pris naissance en 1961, en ce qui concerne les revendications portant sur des réparations de guerre, qui s'est prolongée jusqu'à la mise en place en 2000 de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» et se poursuit depuis ce moment-là jusqu'à présent. C'est en réalité ce que l'Italie a déclaré devant la Cour<sup>166</sup>, en ajoutant que,

«puisque l'Allemagne a[vait] toujours reconnu sa responsabilité internationale découlant du comportement du Reich allemand, ... le présent différend n'[était] pas né du comportement illicite des autorités allemandes au cours de la seconde guerre mondiale ... [i]l ne constitue[ait] pas l'origine ni la cause réelle du présent différend»<sup>167</sup>.

Le point de départ de ce dernier remonte à un moment sensiblement postérieur, à savoir la conclusion des deux accords de 1961 entre l'Allemagne et l'Italie.

173. En outre, à mon grand regret, la décision prise par la Cour dans la présente ordonnance semble davantage à l'écoute de la sensibilité des Etats que de celle des êtres humains victimes qui furent déportés et astreints au travail forcé. Or, il n'est pas rare que les Etats semblent encore plus sensibles que les êtres humains et il est dès lors peu probable qu'ils seront satisfaits en tout état de cause, ce qui ne vient pas à l'appui de la position de la Cour. La recherche obstinée par celle-ci de la volonté des Etats avant toute chose mérite également, à mon avis, d'être vivement déplorée. La décision qu'elle a prise dans la présente ordonnance n'est toutefois pas tenable, à mon avis, même dans le cadre de son optique volontariste. L'Allemagne elle-même avait tenu à montrer, par sa nouvelle position (à compter de 1961) concernant la renonciation de 1947, qu'essayer de construire un raisonnement juridique sur une renonciation de ce genre équivalait à construire un château sur du sable.

174. Après tout, la conscience humaine est supérieure à la volonté. Guidées par cette conscience, les Parties au différend, à savoir l'Allemagne et l'Italie, sont convenues de porter le présent différend (demande initiale et demande reconventionnelle) devant la Cour. Par la demande

<sup>166</sup> Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 9-10, par. 21.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 9, par. 20.

many commendably provided the Court with a unique opportunity to pronounce on a matter — that of State immunity in relation to claims of war crimes reparation — of the utmost importance for the present state and the future of the law of nations (the *jus gentium*); the Court regrettably dropped this unique occasion for reasons which escape my comprehension.

175. The present case concerning *Jurisdictional Immunities of the State* does not concern State immunities *in abstracto*, or in isolation: it pertains to State immunity in *direct connection* with reparations for war crimes. The arguments of the contending Parties, in the written phase which preceded the present Order of the ICJ, in my perception leave no doubt that there is a *direct connection* between Germany's original claim and Italy's counter-claim, in conformity with Article 80 (1) of the Rules of Court. Such direct connection is inescapable.

176. As to the jurisdictional requirement, the vindications of the contending Parties, both that of Germany as to State immunities, and that of Italy as to war reparation claims, as from the two 1961 Agreements, in my perception fall clearly within the Court's jurisdiction *ratione temporis*, on the basis of Article 27 (a) of the 1957 European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes. Any assertion to the contrary would require demonstration, which I have not at all found in the present Order of the Court.

177. The fact that the Court found itself, in the present Order, without jurisdiction *ratione temporis* and declared the counter-claim "inadmissible as such", does not mean that it *really* does not have jurisdiction to entertain it: the Court's majority has found it so, but there are, *data venia*, cogent reasons to the contrary. All it means is that the conception of international law espoused by the Court's majority in the present Order led it to its finding. It is *not* my own conception, which goes well beyond the strict inter-State outlook, so as to reach the ultimate bearers (*titulaires*) of rights, the human beings, confronted with waiver of their claims of reparation of serious breaches of their rights by States supposed to protect, rather than to oppress, them.

178. States may, if they so wish, waive claims as to *their own* rights. But they cannot waive claims for reparation of serious breaches of rights that *are not* theirs, rights that are inherent to the human person. Any purported waiver to this effect runs against the international *ordre public*; is in breach of *jus cogens*. This broader outlook, in a higher scale of *values*, is in line with the vision of the so-called "founding fathers" of the law of nations (the *droit des gens*, the *jus gentium*), and with what I regard as the most lucid trend of contemporary international legal thinking.

originaires et la demande reconventionnelle, l'Italie et l'Allemagne ont de façon louable fourni à la Cour l'occasion unique de statuer sur une question — celle de l'immunité des États en relation avec les créances de réparation à raison de crimes de guerre — qui revêt une importance cruciale pour l'état actuel et futur du droit des gens (le *jus gentium*). La Cour a malheureusement laissé passer cette occasion unique, pour des raisons qui m'échappent.

175. La présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ne concerne pas les immunités de l'Etat *in abstracto* ou de façon isolée, mais porte sur l'immunité de l'Etat en *connexité directe* avec les réparations à raison des crimes de guerre. Les arguments des Parties, exposés au cours de la phase écrite ayant précédé la présente ordonnance de la CIJ, ne laissent à mon avis subsister aucun doute quant à l'existence d'une *connexité directe* entre la demande originaire de l'Allemagne et la demande reconventionnelle de l'Italie, conformément au paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour. Cette connexité directe existe inévitablement.

176. Pour ce qui est de la condition concernant la compétence, les conclusions des Parties, aussi bien celles de l'Allemagne concernant les immunités de l'Etat que celles de l'Italie concernant les revendications liées aux réparations de guerre, à partir des deux accords de 1961, relèvent à mon avis manifestement de la compétence *ratione temporis* de la Cour, en vertu de l'alinéa *a*) de l'article 27 de la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends. Toute affirmation contraire devrait être prouvée; or je n'ai point trouvé une telle démonstration dans la présente ordonnance de la Cour.

177. Le fait que, par la présente ordonnance, la Cour a décliné sa compétence *ratione temporis* et a déclaré la demande reconventionnelle «irrecevable comme telle» ne signifie pas qu'elle ne soit *réellement* pas compétente pour en connaître. Bien que la majorité de la Cour ait statué en ce sens, il existe, *data venia*, des arguments convaincants militant en faveur du contraire. Il s'ensuit que c'est la conception du droit international à laquelle la majorité de la Cour a adhéré dans la présente ordonnance qui l'a amenée à sa conclusion. Elle *ne* correspond *pas* à ma conception, qui va bien au-delà de la stricte perspective interétatique pour toucher les titulaires ultimes des droits, les êtres humains, confrontés à la renonciation à leurs créances concernant la réparation des violations graves de leurs droits par les États censés les protéger, et non les opprimer.

178. Les États sont libres de renoncer à des revendications portant sur *leurs propres* droits. Mais ils ne sauraient renoncer aux revendications portant sur la réparation de violations graves de droits qui *ne sont pas* les leurs, de droits qui sont inhérents à la personne humaine. Toute prétendue renonciation en ce sens est contraire à l'ordre public international et constitue une violation du *jus cogens*. Cette perspective plus large, dans le cadre d'une échelle de *valeurs* supérieure, est conforme à la vision des «pères fondateurs» du droit des gens (le *jus gentium*), ainsi qu'à ce qui représente à mon avis le courant le plus lucide de la pensée internationaliste contemporaine.



179. One cannot build (and try to maintain) an international legal order over the suffering of human beings, over the silence of the innocent destined to oblivion. At the time of mass deportation of civilians, sent to forced labour during the *two* World Wars (in 1916-1918 and in 1943-1945) of the twentieth century (and not only the Second World War), everyone already knew that that was a *wrongful* act, an atrocity, a serious violation of human rights and of international humanitarian law, which came to be reckoned as amounting also to a war crime and a crime against humanity. Above the will stands conscience, which is, after all, what moves the law ahead, as its ultimate *material* source, removing manifest injustice.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

179. On ne saurait bâtir (et tenter de maintenir) un ordre juridique international sur la souffrance d'êtres humains, sur le silence des innocents voués à l'oubli. A l'époque où des civils furent déportés en masse et furent envoyés au travail forcé au cours des *deux* guerres mondiales (en 1916-1918 et en 1943-1945) du XX<sup>e</sup> siècle (et non pas uniquement pendant la seconde guerre mondiale), nul n'ignorait qu'il s'agissait là d'un acte *illicite*, d'une atrocité, d'une violation grave des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui finit par être reconnu comme un crime de guerre et un crime contre l'humanité. La conscience, supérieure à la volonté, fait progresser le droit, dont elle est la source *matérielle* ultime, en éliminant l'injustice manifeste.

(*Signé*) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.