

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. 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. 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

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 conservatoires¹. 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'incertitudes² 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

¹ 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.

² 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.

exemple, par un article de Dionisio Anzilotti, juge à la CPJI, intitulé *La riconvenzione nella procedura internazionale*, publié à la fin des années 1920³. 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»⁴.

8. Cette disposition, dans sa version modifiée du 5 décembre 2000 qui est en vigueur depuis le 1^{er} 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*

³ 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.

⁴ 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.

(*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»⁵.

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»⁶. 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.»⁷

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

⁶ 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.

⁷ *Ibid.*, p. 175.

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 »⁸.

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 mécanique⁹. 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.

⁸ 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.

⁹ 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. 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»¹⁰. 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»¹¹.

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»¹².

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»¹³. A cet égard, c'est toujours D. Anzilotti qui sut entrevoir de manière vision-

¹⁰ 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.

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

¹² 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.

¹³ Cf. *ibid.*, p. 470.

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.»¹⁴

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

¹⁴ D. Anzilotti, *op. cit. supra* note 5, p. 876.

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,

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)¹⁵. Pour justifier sa décision déclarant les demandes recevables, la Cour indiquait que, au vu des circonstances de l'espèce, «une bonne administra-

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

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 reconventionnelles¹⁶. 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

¹⁶ 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

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 antérieures¹⁷ 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 trancher¹⁸. 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*).

¹⁷ 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*.

¹⁸ 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.

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 contradictoire¹⁹; *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

¹⁹ 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.

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 Cour²⁰. 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.

²⁰ 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.

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^e 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 supporter²¹. 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'oubli²². Quelque négligé par les historiens qu'ait pu être jusqu'à présent le travail forcé pendant la seconde guerre mondiale²³, il reste vivant non seulement dans la mémoire des victimes

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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

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^e Reich à l'encontre des «internés militaires»²⁴ 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»²⁵, 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.

²⁴ 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.

²⁵ Cf. *ibid.*, p. 9-12, par. 10-12.

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»²⁶. 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 allemande²⁷ (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»²⁸. 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 reconventionnelle²⁹.

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*)³⁰. 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 2008³¹.

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

²⁷ Cf. *ibid.*, p. 16-18, par. 2.9-2.19.

²⁸ *Ibid.*, p. 36, par. 3.11.

²⁹ *Ibid.*, p. 130, par. 7.6.

³⁰ *Ibid.*, p. 130, par. 7.7.

³¹ *Ibid.*, p. 130-131, par. 7.8.

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»³². 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*»³³.

b) *Le fond du différend*

43. Dans le dernier chapitre de son contre-mémoire³⁴, 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»³⁵.

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»³⁶.

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

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

³³ *Ibid.*, p. 4, par. 3.

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

³⁵ *Ibid.*, p. 128, par. 7.2.

³⁶ *Ibid.*, p. 129, par. 7.4.

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 différends³⁷ (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 2000³⁸) 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 réparations³⁹.

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 1961⁴⁰. 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»⁴¹.

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»⁴². 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

³⁷ 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.

³⁸ *Ibid.*, p. 38 et 40, par. 3.16 et 3.19.

³⁹ *Ibid.*, p. 40, par. 3.19.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 39, par. 3.17.

⁴¹ *Ibid.*, p. 37-38, par. 3.15.

⁴² *Ibid.*, p. 39, par. 3.18.

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.»⁴³

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)⁴⁴ 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'Italie⁴⁵. L'Allemagne fait valoir que le critère temporel énoncé à l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends⁴⁶ ne viserait pas la date à laquelle le différend s'est élevé, mais la date des «faits ou situations dont a résulté le différend»⁴⁷. 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»⁴⁸.

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»⁴⁹. L'Allemagne nie avoir été tenue, en vertu du droit international, de conclure les accords de 1961, qui,

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

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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...»

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

⁴⁸ *Ibid.*, p. 10, par. 15.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20-21, par. 32-33.

ajoute-t-elle, «ont été conclus en bonne et due forme» et «n'ont aucune incidence néfaste sur les droits italiens»⁵⁰. 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»⁵¹.

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»⁵². 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»⁵³.

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

⁵¹ *Ibid.*, p. 21-22, par. 34-35.

⁵² *Ibid.*, p. 23, par. 37.

⁵³ 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. 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»⁵⁴.

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 accords⁵⁵. 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 réparations⁵⁶.

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.)

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

⁵⁵ *Ibid.*, p. 18-19, par. 45-47.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 20-21, par. 53.

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»⁵⁷. 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»⁵⁸.

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»⁵⁹. 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»⁶⁰, 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»⁶¹. 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'Etat⁶².

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

⁵⁸ *Ibid.*, p. 22-23, par. 57.

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

⁶⁰ *Ibid.*, p. 22-23, par. 35.

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

⁶² *Ibid.*, p. 12, par. 1.17.

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] »⁶³. 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 réparation⁶⁴.

58. L'Allemagne rappelle dans ce contexte l'arrêt rendu par la CPJI en l'affaire des *Phosphates du Maroc* (Italie c. France, 1938)⁶⁵ 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'espèce⁶⁶. A cet égard, l'Allemagne cite des exemples tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)⁶⁷, 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)⁶⁸. 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 »

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

⁶⁴ *Ibid.*, p. 13, par. 21.

⁶⁵ 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).

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

⁶⁷ 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]).

⁶⁸ Cf. *ibid.*, p. 15-17, par. 24 et 26.

et affirme qu'elle «n'a jamais eu l'intention de se fonder sur cet argument»⁶⁹. 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'homme⁷⁰. 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.»⁷¹

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

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

⁷⁰ *Ibid.*, p. 11-13, par. 26-29.

⁷¹ *Ibid.*, p. 12, par. 27.

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».»⁷²

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.»⁷³

⁷² 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.]

⁷³ 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. 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*⁷⁴.

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*⁷⁵. 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»⁷⁶.

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.)

⁷⁴ 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.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 519-520.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 529.

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 1931-1933⁷⁷. Cette succession de faits comportait donc, ajoutait-il, des éléments qui étaient antérieurs à la date d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CPJI⁷⁸.

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»⁷⁹. 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

⁷⁷ *Phosphates du Maroc*, C.P.J.I. série C n^{os} 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.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1233, et cf. p. 1231.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 1233, et cf. p. 1229.

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

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.»⁸¹

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'État 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 États 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-

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

⁸¹ *Ibid.*, p. 1239.

«... le maintien de la présence sud-africaine en Namibie» qui «se prolonge[ait] en violation du droit international»⁸². 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»⁸³. 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»⁸⁴.

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^e 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'homme⁸⁵, 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 provisoire⁸⁶. La CEDH a ensuite porté son attention sur la *longueur* ou sur la *durée réelle* des détentions en question, en tant que «situations continues»⁸⁷. 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-

⁸² C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 126.

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

⁸⁴ *Ibid.*, p. 54, par. 119.

⁸⁵ 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.

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

⁸⁷ Cf. *ibid.*, p. 223 et 225.

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)⁸⁸. 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.)

⁸⁸ Cf. également par. 194 et 208 de l'arrêt.

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 « [p]ouvaient se prolonger de manière continue ou permanente jusqu'au moment où le sort de la victime ou le lieu où elle se trouv[ait] ser[ai]ent 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

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

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»⁸⁹.

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,

⁸⁹ 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.

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 trou[vait] 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*)⁹⁰. Depuis lors, la notion de «situation continue» a réapparu à de nombreuses reprises dans la jurisprudence de la Commission européenne⁹¹. 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.»⁹² (Par. 11.)

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

⁹⁰ 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).

⁹¹ Cf. par exemple, entre autres, les décisions de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme concernant les requêtes n^{os} 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.

⁹² Dans son rapport du 4 octobre 1983 en l'affaire *Chypre c. Turquie* (requête n^o 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.

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 humaine⁹³, 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)*⁹⁴ 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

⁹³ 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.

⁹⁴ 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.

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 dernière⁹⁵, 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 27⁹⁶ 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».

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Cf. texte cité *supra*, note 46.

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.»⁹⁷ 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 entraîn[ait] l'obligation de réparer dans une forme adéquate»⁹⁸. 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»⁹⁹.

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-*

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

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

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

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 réparations¹⁰⁰. 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

¹⁰⁰ 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.

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'indique¹⁰¹, 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^e 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

¹⁰¹ 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^{er} septembre 1939. Cette renonciation sera considérée comme s'appliquant aux créances, à toutes les réclamations de caractère intergouvernemental relatives à des accords conclus au cours de la guerre et à toutes les réclamations portant sur des pertes ou des dommages survenus pendant la guerre. »

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»¹⁰². 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

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

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 toujours¹⁰³. 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 guerre¹⁰⁴. 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 1961¹⁰⁵, 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 1962¹⁰⁶, 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-*

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

¹⁰⁴ Cf. *ibid.*, p. 108, par. 5.53 et note 223.

¹⁰⁵ Cf. *ibid.*, annexe 4.

¹⁰⁶ 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).

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.»¹⁰⁷

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^e 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

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

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 Etats¹⁰⁸, 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»¹⁰⁹, a résisté à l'érosion du

¹⁰⁸ 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.

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

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 Haye¹¹⁰, la première disposition prévoyant expressément un régime de *réparation* à raison de violations du droit international humanitaire¹¹¹. 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*¹¹², *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 jours¹¹³. 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.

¹¹⁰ 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. »

¹¹¹ 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. »

¹¹² 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^e éd., Oxford University Press, 2006, p. 400.

¹¹³ 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.

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.»¹¹⁴

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».¹¹⁵

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^e 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-

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

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

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 naturel¹¹⁶.

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^e 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 justice¹¹⁷.

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^e 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 internationaux¹¹⁸.

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

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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. 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*¹¹⁹ des années du III^e 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^e 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^e 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-

¹¹⁹ Pour paraphraser certains penseurs du Moyen Age.

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^e 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 reconnaissaient 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

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^e 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^o 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^o 29) sur le travail forcé de 1930 et la convention (n^o 105) sur l'abolition du travail forcé de 1957 qui l'a suivie jouissent d'une reconnaissance quasi universelle¹²⁰ (étant « les plus largement ratifiées de toutes les conventions internationales du travail »¹²¹), 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 »¹²².

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

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

¹²¹ 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).

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

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.»¹²³

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»¹²⁴.

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^e siècle»; vu que «des formes de servage occultes ou même ouvertes» subsistaient dans certains pays, il fut donc nécessaire, au milieu du XX^e 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»¹²⁵.

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

¹²³ *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.

¹²⁴ 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.

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

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*¹²⁶. 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*¹²⁷.

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 1899¹²⁸, 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,

¹²⁶ 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.

¹²⁷ *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.

¹²⁸ 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).

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 publique¹²⁹, 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 nouvelles¹³⁰. 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 humanitaire¹³¹ 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 humains¹³². 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 paix¹³³. La doctrine juridique contemporaine a elle aussi traité

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

¹³⁰ 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.

¹³¹ 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.

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

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

la clause de Martens comme constituant elle-même une source du droit international général¹³⁴, 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*¹³⁵. 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.»¹³⁶

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*»¹³⁷.

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

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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.

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

¹³⁷ *Ibid.*, p. 54, par. 87.

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)¹³⁸.

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.»¹³⁹

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^e Reich, qui heurtèrent la conscience de l'humanité. Même avant la fin du XIX^e 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^e 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^e convention

¹³⁸ 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)).

¹³⁹ Mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), p. 53, par. 86.

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.»¹⁴⁰

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^e 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)¹⁴¹. 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

¹⁴⁰ Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 62-63, par. 4.62-4.63.

¹⁴¹ 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.

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)¹⁴², 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.»¹⁴³

Deux décennies plus tard, la quatrième convention de Genève (1949) interdisait expressément les transferts forcés¹⁴⁴, 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 matière¹⁴⁵.

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^e 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

¹⁴² 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.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 374.

¹⁴⁴ Art. 49, par. 1, en plus de l'article 147 relatif aux déportations ou transferts illégaux.

¹⁴⁵ 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.

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»¹⁴⁶.

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»¹⁴⁷.

149. Ainsi, vers le milieu du XX^e 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»¹⁴⁸. 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*¹⁴⁹. 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 Schücking¹⁵⁰.

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

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 301.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 301.

¹⁴⁹ *Oscar Chinn (Royaume-Uni c. Belgique)*, arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 148-150, spécialement p. 149.

¹⁵⁰ 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.

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?»¹⁵¹

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^e 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»¹⁵².

¹⁵¹ J. H. W. Verzijl, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Revue de droit international*, vol. 15, 1935, p. 321-322.

¹⁵² ONU, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 374.

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 tribunal¹⁵³.

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»¹⁵⁴. 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.

¹⁵³ ONU, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 374.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 377.

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 alliées¹⁵⁵ et l'Italie et les accords de 1961. Cette

¹⁵⁵ 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.

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»¹⁵⁶, sur le point de savoir s'ils ont ou non institué un «régime de réparation»¹⁵⁷. 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 réparation¹⁵⁸. 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^e 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 1961¹⁵⁹.

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 reconventionnelle¹⁶⁰. 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»¹⁶¹. 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.

¹⁵⁶ Observations écrites de la République fédérale d'Allemagne..., *op. cit. supra* note 32, p. 22, par. 35.

¹⁵⁷ Cf. Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 20 et 25, par. 52 et 65.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 22-23, par. 56-57.

¹⁵⁹ Cf. Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 111, par. 5.63.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ Contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), p. 37-38, par. 3.15.

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 accords¹⁶², 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)¹⁶³. Ces accords consacraient une obligation de droit international et non un simple geste de bonne volonté¹⁶⁴.

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

¹⁶² 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.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 21-22, par. 55.

réexaminées, et que les nouvelles demandes de ressortissants italiens en vertu de la loi fédérale d'indemnisation de 1953¹⁶⁵ 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

¹⁶⁵ 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.

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

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 Cour¹⁶⁶, 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 constitu[ait] pas l'origine ni la cause réelle du présent différend»¹⁶⁷.

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

¹⁶⁶ Observations écrites de l'Italie..., *op. cit. supra* note 53, p. 9-10, par. 21.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 9, par. 20.

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. 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^e 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.