

## DISSENTING OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-6
II. PRELIMINARY ISSUE: THE INTER-TEMPORAL DIMENSION IN THE CONSIDERATION OF STATE IMMUNITY	7-17
III. STATE IMMUNITIES AND WAR REPARATION CLAIMS: AN INELUCTABLE RELATIONSHIP IN THE PRESENT CASE	18-23
IV. GERMANY'S RECOGNITION OF STATE RESPONSIBILITY IN THE <i>CAS D'ESPÈCE</i>	24-31
V. FUNDAMENTAL HUMAN VALUES: RESCUING SOME FORGOTTEN DOCTRINAL DEVELOPMENTS	32-40
VI. THE COLLEGIAL DOCTRINAL WORK OF LEARNED INSTITUTIONS OF INTERNATIONAL LAW	41-52
VII. THE THRESHOLD OF THE GRAVITY OF THE BREACHES OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW	53-62
VIII. THE QUESTION OF WAIVER OF CLAIMS IN RESPECT OF THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE IN THE PLEADINGS BEFORE THE COURT: ASSESSMENT	63-68
IX. THE INADMISSIBILITY OF INTER-STATE WAIVER OF THE RIGHTS OF THE INDIVIDUALS, VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF INTERNATIONAL LAW	69-72
X. POSITIONS OF THE CONTENDING PARTIES AS TO THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE	73-79
XI. CLARIFICATIONS FROM THE CONTENDING PARTIES AND FROM GREECE IN RESPONSE TO QUESTIONS FROM THE BENCH	80-96
1. Questions put to the contending Parties and to Greece	80
2. First round of answers	81-91
(a) Germany's and Italy's answers	82-89
(b) Greece's answer	90-91

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-6
II. QUESTION PRÉLIMINAIRE: LA DIMENSION INTERTEMPORELLE DANS L'EXAMEN DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT	7-17
III. LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT ET LES DEMANDES DE RÉPARATIONS DE GUERRE: UNE RELATION INÉLUCTABLE DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE	18-23
IV. RECONNAISSANCE PAR L'ALLEMAGNE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN L'ESPÈCE	24-31
V. VALEURS HUMAINES FONDAMENTALES: DES DÉVELOPPEMENTS DOCTRINAUX TIRÉS DE L'OUBLI	32-40
VI. L'ŒUVRE DOCTRINALE COLLÉGIALE D'INSTITUTIONS SAVANTES DE DROIT INTERNATIONAL	41-52
VII. LE SEUIL DE GRAVITÉ DES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME ET AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	53-62
VIII. LA QUESTION DE LA RENONCIATION AUX RÉCLAMATIONS S'AGISSANT DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DANS LA PROCÉ- DURE DEVANT LA COUR: ÉVALUATION	63-68
IX. LES ÉTATS NE PEUVENT, DANS LE CADRE DE LEURS RELATIONS, RENONCER À DES DROITS APPARTENANT À DES INDIVIDUS VIC- TIMES DE VIOLATIONS GRAVES DU DROIT INTERNATIONAL	69-72
X. POSITIONS DES PARTIES QUANT AU DROIT D'ACCÈS À LA JUS- TICE	73-79
XI. ÉCLAIRCISSEMENTS DONNÉS PAR LES PARTIES ET LA GRÈCE EN RÉPONSE AUX QUESTIONS POSÉES PAR LA COUR	80-86
1. Questions posées aux Parties et à la Grèce	80
2. Première série de réponses	81-91
a) Réponses de l'Allemagne et de l'Italie	82-89
b) La réponse de la Grèce	90-91

3. Second round of answers	92-96
(a) Germany's comments	93
(b) Italy's comments	94-96
XII. THE PROHIBITION OF FORCED LABOUR AT THE TIME OF THE SECOND WORLD WAR	97-120
1. Normative prohibition	97-101
2. Judicial recognition of the prohibition	102-113
3. The prohibition in works of codification	114-116
4. International crimes and the prohibitions of <i>jus cogens</i>	117-120
XIII. ORAL PLEADINGS OF THE PARTIES, AND THE INTERVENING STATE, ON <i>JUS COGENS</i> AND REMOVAL OF IMMUNITY: ASSESSMENT	121-129
XIV. STATE IMMUNITY <i>V.</i> THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE	130-155
1. The prevailing tension in the case law of the European Court of Human Rights	130-142
(a) The <i>Al-Adsani</i> case (2001)	130-134
(b) The <i>McElhinney</i> case (2001)	135-138
(c) The <i>Fogarty</i> case (2001)	139-140
(d) The <i>Kalogeropoulou and Others</i> case (2002)	141-142
2. The prevailing tension in the case law of national courts	143-148
3. The aforementioned tension in the age of the rule of law at national and international levels	149-155
XV. THE CONTENTIONS OF THE PARTIES AS TO ACTS <i>JURE IMPERII</i> AND ACTS <i>JURE GESTIONIS</i>	156-160
XVI. THE HUMAN PERSON AND STATE IMMUNITIES: THE SHORT-SIGHTEDNESS OF THE STRICT INTER-STATE OUTLOOK	161-171
XVII. THE STATE-CENTRIC DISTORTED OUTLOOK IN FACE OF THE IMPERATIVE OF JUSTICE	172-176
XVIII. THE HUMAN PERSON AND STATE IMMUNITIES: THE OVERCOMING OF THE STRICT INTER-STATE OUTLOOK	177-183
XIX. NO STATE IMMUNITIES FOR <i>DELICTA IMPERII</i>	184-198
1. Massacres of civilians in situations of defencelessness	185-191
(a) The massacre of Distomo	185-188
(b) The massacre of Civitella	189-191
2. Deportation and subjection to forced labour in war industry	192-198

3. Deuxième série de réponses	92-96
a) Observations de l'Allemagne	93
b) Observations de l'Italie	94-96
XII. L'INTERDICTION DU TRAVAIL FORCÉ À L'ÉPOQUE DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE	97-120
1. L'interdiction normative	97-101
2. Reconnaissance judiciaire de l'interdiction	102-113
3. L'interdiction dans les travaux de codification	114-116
4. Les crimes internationaux et les interdictions du <i>jus cogens</i>	117-120
XIII. PLAIDOIRIES DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT CONCERNANT LE <i>JUS COGENS</i> ET LE REFUS D'ACCORDER L'IMMUNITÉ: ÉVALUATION	121-129
XIV. L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT CONTRE LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE	130-155
1. La tension existant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	130-142
a) L'affaire <i>Al-Adsani</i> (2001)	130-134
b) L'affaire <i>McElhinney</i> (2001)	135-138
c) L'affaire <i>Fogarty</i> (2001)	139-140
d) L'affaire <i>Kalogeropoulou et autres</i> (2002)	141-142
2. La tension existant dans la jurisprudence des tribunaux internes	143-148
3. La tension susmentionnée à l'ère de l'état de droit aux niveaux national et international	149-155
XV. LES ARGUMENTS DES PARTIES EN CE QUI CONCERNE LES ACTES <i>JURE IMPERII</i> ET LES ACTES <i>JURE GESTIONIS</i>	156-160
XVI. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT: MYOPIE DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE	161-171
XVII. LA PERSPECTIVE INTERÉTATIQUE VICIÉE FACE À L'IMPÉRATIF DE JUSTICE	172-176
XVIII. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT: LE DÉPASSEMENT DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE	177-183
XIX. PAS D'IMMUNITÉS DE L'ÉTAT EN CAS DE <i>DELICTA IMPERII</i>	184-198
1. Massacres de civils sans défense	185-191
a) Le massacre de Distomo	185-188
b) Le massacre de Civitella	189-191
2. Déportation et travail forcé dans l'industrie de guerre	192-198

XX.	THE PREVALENCE OF THE INDIVIDUAL'S RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE: THE CONTENDING PARTIES' INVOCATION OF THE CASE <i>GOIBURÚ ET AL.</i> (IACtHR, 2006)	199-213
XXI.	THE INDIVIDUAL'S RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE: THE EVOLVING CASE LAW TOWARDS <i>JUS COGENS</i>	214-220
XXII.	OUT OF LAWLESSNESS: THE INDIVIDUAL VICTIM'S RIGHT TO THE LAW ( <i>DROIT AU DROIT</i> )	221-226
XXIII.	TOWARDS THE PRIMACY OF THE NEVER-VANISHING <i>RECTA RATIO</i>	227-239
XXIV.	THE INDIVIDUALS' RIGHT TO REPARATION AS VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW	240-281
	1. The State's duty to provide reparation to individual victims	240-257
	2. The categories of victims in the <i>cas d'espèce</i>	258-260
	3. The legal framework of the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation (2000)	261-267
	4. Assessment of the submissions of the contending Parties	268-281
XXV.	THE IMPERATIVE OF PROVIDING REPARATION TO INDIVIDUAL VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW	282-287
	1. The realization of justice as a form of reparation	282-284
	2. Reparation as the reaction of law to grave violations	285-287
XXVI.	THE PRIMACY OF <i>JUS COGENS</i> : A REBUTTAL OF ITS DECONSTRUCTION	288-299
XXVII.	A RECAPITULATION: CONCLUDING OBSERVATIONS	300-316

\*

### I. PROLEGOMENA

1. I regret not to be able to accompany the Court's majority in the decision which the Court has just adopted today, 3 February 2012, in the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. My dissenting position pertains to the decision as a whole, encompassing the adopted methodology, the approach pursued, the whole reasoning in its treatment of issues of substance, as well as the conclusions of the Judgment. This being so, I care to leave on the records the foundations of my dissenting position, given the considerable

XX.	LA PRÉVALENCE DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU: L'INVOCATION PAR LES PARTIES DE L'AFFAIRE <i>GOIBURÚ ET AUTRES</i> (CIADH, 2006)	199-213
XXI.	LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU: ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA LOI DU <i>JUS COGENS</i>	214-220
XXII.	SORTIR DU NON-DROIT: LE DROIT AU DROIT DE LA VICTIME INDIVIDUELLE	221-226
XXIII.	VERS LA PRIMAUTÉ DE LA <i>RECTA RATIO</i> , QUI NE DISPARÂÎT JAMAIS	227-239
XXIV.	LE DROIT DES INDIVIDUS À RÉPARATION EN TANT QUE VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	240-281
	1. Obligation de l'Etat d'accorder une réparation aux victimes individuelles	240-257
	2. Les catégories de victimes en l'espèce	258-260
	3. Le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000)	261-267
	4. Evaluation des conclusions des Parties	268-281
XXV.	L'IMPÉRATIF D'ACCORDER RÉPARATION AUX VICTIMES INDIVIDUELLES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	282-287
	1. La réalisation de la justice en tant que forme de réparation	282-284
	2. La réparation en tant que réaction du droit aux violations graves	285-287
XXVI.	LA PRIMAUTÉ DU <i>JUS COGENS</i> : UNE RÉFUTATION DE SA DÉCONSTRUCTION	288-299
XXVII.	UNE RÉCAPITULATION: CONCLUSIONS	300-316

\*

## I. PROLÉGOMÈNES

1. Je regrette de ne pouvoir me joindre à la majorité dans la décision que la Cour vient d'adopter aujourd'hui, le 3 février 2012, dans l'affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*. Ma position dissidente concerne l'ensemble de la décision, y compris la méthode adoptée, la démarche suivie, l'ensemble du raisonnement quant aux questions de fond ainsi que les conclusions de l'arrêt. Cela étant, je souhaite consigner les fondements de ma position dissidente, étant donné l'importance que j'attache aux questions soulevées

importance that I attach to the issues raised by Germany and Italy, as well as by Greece, in the course of the proceedings in the *cas d'espèce*, and bearing in mind the settlement of the dispute at issue ineluctably linked to the imperative of the *realization of justice*, as I perceive it.

2. I thus present with the utmost care the foundations of my entirely dissenting position on the whole matter dealt with by the Court in the Judgment which it has just adopted, out of respect for, and zeal in, the exercise of the international judicial function, guided above all by the ultimate goal precisely of the *realization of justice*. To this effect, I shall dwell upon all the aspects concerning the dispute brought before the Court which forms the object of its present Judgment, in the hope of thus contributing to the clarification of the issues raised and to the progressive development of international law, in particular in the international adjudication by this Court of cases of the kind on the basis of fundamental considerations of humanity, whenever grave breaches of human rights and of international humanitarian law lie at their factual origins, as in the *cas d'espèce*.

3. Preliminarily, I shall dwell upon the inter-temporal dimension in the consideration of State immunity, moving then onto my initial line of considerations, pertaining, first, to the ineluctable relationship (as I perceive it), in the present case, between State immunities and war reparation claims, and, secondly, to the recognition by Germany of State responsibility in the present case. I shall then seek to rescue some doctrinal developments, forgotten in our days, acknowledging fundamental human values, and to recall the pertinent collegial doctrinal work, on the subject-matter at issue, of learned institutions in international law. I shall, next, turn to the threshold of the gravity of the breaches of human rights and of international humanitarian law.

4. This will lead me into the consideration of the question of waiver of claims in respect of the right of access to justice in the pleadings before the Court, and into the position upholding the inadmissibility of inter-State waiver of the rights of the individuals, victims of grave violations of international law. I shall then review the arguments of the contending Parties as to the right of access to justice. Attention will then be drawn to the clarifications from the contending Parties, Germany and Italy, and from the intervening State, Greece, in response to a series of questions I put to them in the oral hearings before the Court, on 16 September 2011.

5. I shall next consider the prohibition of forced labour at the time of the Second World War, and the prohibitions of *jus cogens* and the removal of immunity. This will lead me to review the tension, in international case law, between State immunity and the right of access to justice, as well as to assess the contentions of the Parties in the present case as to acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. My next line of considerations will focus on the human person and State immunities, singling out the shortsightedness of the strict inter-State outlook, particularly when facing the imperative of justice, and stressing the need to overcome that distorted inter-State outlook. This will lead me to sustain the position that there are no State

en l'espèce par l'Allemagne et l'Italie, ainsi que par la Grèce, et conscient que le règlement du différend est inéluctablement lié à l'impératif de *réalisation de la justice* telle que je perçois celle-ci.

2. Je présente donc avec le plus grand soin les fondements de ma position totalement dissidente sur l'ensemble de la question dont traite la Cour dans l'arrêt qu'elle vient d'adopter, par respect pour l'exercice de la fonction judiciaire internationale et dans le souci de cet exercice, guidé par-dessus tout par l'objectif ultime consistant précisément à *réaliser la justice*. A cette fin, je me pencherai sur tous les aspects du différend qui fait l'objet du présent arrêt, dans l'espoir de contribuer à la clarification des questions soulevées et au développement progressif du droit international, notamment dans le cadre de l'administration par la Cour de la justice internationale dans les affaires de ce type sur la base de considérations fondamentales d'humanité, chaque fois que, comme en l'espèce, les origines factuelles de ces affaires seront des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

3. A titre préliminaire, j'analyserai la dimension intertemporelle de l'examen de l'immunité de l'Etat, pour passer ensuite à mon premier groupe de considérations touchant, premièrement, la relation inéluctable (à mon sens) qui existe en l'espèce entre les immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre et, deuxièmement, la reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'Etat dans la présente affaire. J'essaierai ensuite de réhabiliter certains développements doctrinaux aujourd'hui tombés dans l'oubli, consacrant des valeurs humaines fondamentales, et de rappeler le travail doctrinal collégial effectué sur le sujet par des institutions savantes de droit international. Je me pencherai ensuite sur le seuil de gravité des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

4. Cela m'amènera à examiner la question de la renonciation à des réclamations du point de vue du droit d'accès à la justice dans les écritures devant la Cour, et à faire valoir que les Etats ne peuvent, dans leurs relations, renoncer à des droits appartenant à des individus victimes de violations graves du droit international. Je passerai ensuite aux arguments des Parties quant au droit d'accès à la justice. J'appellerai alors l'attention sur les éclaircissements donnés par lesdites Parties, l'Allemagne et l'Italie, et par l'Etat intervenant, la Grèce, en réponse à une série de questions que je leur ai posées lors de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011.

5. J'examinerai ensuite l'interdiction du travail forcé à l'époque de la seconde guerre mondiale, et les interdictions relevant du *jus cogens* et le déni de l'immunité. Cela m'amènera à me pencher sur la tension existant, dans la jurisprudence internationale, entre l'immunité de l'Etat et le droit d'accès à la justice, ainsi qu'à évaluer les arguments des Parties quant aux actes *jure imperii* et *jure gestionis*. J'exposerai alors mes réflexions sur la personne humaine et les immunités de l'Etat, en insistant sur la myopie dont font preuve ceux qui adoptent une perspective strictement inter-étatique, surtout face à l'impératif de justice, et en soulignant la nécessité d'abandonner cette perspective tronquée. Cela m'amènera à défendre

immunities for *delicta imperii*, with the prevalence of the individual's right of access to justice, in the domain of *jus cogens*.

6. In sequence, I shall dwell upon the configuration of the individual victim's right to the law (*droit au Droit*), bearing witness of the primacy of the never-vanishing *recta ratio*. My following line of reasoning will concentrate on the individuals' right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law, and on the imperative of the State's duty to provide reparation to those victims. This will lead me to uphold the primacy of *jus cogens*, with a rebuttal of its deconstruction. The path will then be paved, last but not least, for the presentation of my concluding observations.

## II. PRELIMINARY ISSUE: THE INTER-TEMPORAL DIMENSION IN THE CONSIDERATION OF STATE IMMUNITY

7. The consideration of the issue of the application of State immunity calls for addressing an ineluctable preliminary question, namely, the inter-temporal dimension in that consideration. This raises the preliminary issue as to whether State immunity should be considered in the present case opposing Germany to Italy as it was understood at the time of the commission of acts for which immunity is claimed (in the 1940s), or as it stands when the Court was lately seized of the present dispute.

8. Germany claims, in this respect, that, at the time when German forces were present in Italy in 1943-1945, "the doctrine of absolute immunity was uncontested"<sup>1</sup>, and that, even today, "[a]bsolute jurisdictional immunity in respect of sovereign acts of government is still the generally acknowledged customary rule"<sup>2</sup>. Germany further contends that a departure from this doctrine, or the creation of new exceptions to State immunity with retroactive effect, would be in contradiction with general principles of international law<sup>3</sup>.

9. Italy, for its part, argues that the acts *sub judice* in the present case, the Italian judgments from 2004 onwards, that have asserted jurisdiction vis-à-vis Germany, have applied correctly the modern-day understanding of the principle of State immunity<sup>4</sup>. It further claims that immunity is a procedural rule, and as such it must be assessed on the basis of the law in force at the time that a Court is seized<sup>5</sup>; it adds that courts have generally applied the law in existence at the "moment of the judicial action and not of the original injurious facts"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Memorial of Germany, para. 91; and Reply of Germany, para. 37.

<sup>2</sup> *Compte rendu* (CR) 2011/17, para. 29.

<sup>3</sup> Memorial of Germany, para. 91; and Reply of Germany, para. 37.

<sup>4</sup> Counter-Memorial of Italy, paras. 1.14-1.16; CR 2011/18, pp. 23-24.

<sup>5</sup> Rejoinder of Italy, para. 4.2.

<sup>6</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 4.47.

la position selon laquelle il n'y a pas d'immunités de l'Etat pour les *delicta imperii*, le droit d'accès à la justice de l'individu prévalant dans le domaine du *jus cogens*.

6. Enfin, je me pencherai sur la configuration du droit de la victime individuelle au droit (le *droit au Droit*), attestant la primauté de la *recta ratio*, toujours d'actualité. Je passerai ensuite au droit à réparation des individus victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et à l'obligation impérative qui s'impose à l'Etat d'accorder réparation à ces victimes. Cela m'amènera à réaffirmer la primauté du *jus cogens*, en en réfutant la déconstruction. Il me sera alors possible, enfin et surtout, de présenter mes conclusions.

## II. QUESTION PRÉLIMINAIRE: LA DIMENSION INTERTEMPORELLE DANS L'EXAMEN DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT

7. L'examen de la question de l'immunité de l'Etat oblige à se pencher sur une question préliminaire, à savoir celle de la dimension intertemporelle de cet examen. Il s'agit de savoir si l'immunité de l'Etat doit être envisagée dans la présente espèce opposant l'Allemagne à l'Italie comme on l'entendait à l'époque (les années 1940) où les actes pour lesquels elle est invoquée ont été commis, ou telle qu'elle est alors que la Cour a été saisie du présent différend.

8. A cet égard, l'Allemagne fait valoir que, à l'époque où les forces allemandes se trouvaient en Italie, en 1943-1945, «la doctrine de l'immunité souveraine absolue régnait de manière incontestée»<sup>1</sup> et que, même de nos jours, «[l']immunité juridictionnelle absolue pour les actes souverains d'un gouvernement demeure, aujourd'hui comme hier, la règle coutumière généralement reconnue»<sup>2</sup>. L'Allemagne fait en outre valoir que s'écarter de cette doctrine, ou créer de nouvelles exceptions à l'immunité de l'Etat avec effet rétroactif, serait contraire aux principes généraux du droit international<sup>3</sup>.

9. L'Italie argue quant à elle que les actes en cause dans la présente affaire, à savoir les décisions des juges italiens qui, depuis 2004, retiennent la compétence des juridictions italiennes à l'égard de l'Etat allemand, ont appliqué correctement le principe de l'immunité de l'Etat tel qu'il est interprété aujourd'hui<sup>4</sup>. Elle fait en outre valoir que l'immunité est une règle procédurale, qu'elle doit donc être appréciée au regard du droit en vigueur au moment où la juridiction est saisie<sup>5</sup>; elle ajoute que les juridictions ont généralement appliqué le droit en vigueur «au moment de l'action en justice, et non pas à l'époque des fait dommageables d'origine»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 91; réplique de l'Allemagne, par. 37.

<sup>2</sup> Compte rendu (CR) 2011/17, par. 29.

<sup>3</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 91; réplique de l'Allemagne, par. 37.

<sup>4</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 1.14-1.16; CR 2011/18, p. 23-24.

<sup>5</sup> Duplique de l'Italie, par. 4.2.

<sup>6</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.47.

10. Inter-temporal considerations for the application or otherwise of State immunity call into question two issues, namely: first, whether State immunity has changed, or evolved, in the past decades; and secondly, whether State immunity should be applied in the present case as it is understood today, the time when the Court is seized of the dispute. As to the first question, the law of State immunity has clearly developed and evolved; it has not remained static. Developments in the domains of international human rights law, of contemporary international criminal law, and of international humanitarian law, cannot be said to have had no influence on the evolving law of State immunity.

11. As to the second question, there is a case for focusing on State immunity as it stands when the Court is seized of the dispute. After all, it would not make sense to consider the matter at issue as it was understood at the time of the Second World War, in relation to Italian courts' judgments rendered from 2004 onwards, setting aside State immunity and awarding reparations to the individual victims. The formation and development of international law, as well as its interpretation and application, can hardly be dissociated from the inter-temporal dimension. The "inter-temporal law" issue came to the fore in the arbitral award of 4 April 1928, in the *Island of Palmas* case (*Netherlands v. United States*), wherein arbitrator Max Huber pondered that:

"As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law."<sup>7</sup>

12. In modern times it has been clearly reckoned that there are no "immutable" rules of international law, as erroneously assumed in times long past. The Institut de droit international covered the topic of "inter-temporal law", in its Sessions of Rome (1973) and Wiesbaden (1975). There was general acknowledgement as to the basic proposition that any given situation is to be appreciated in the light of legal rules contemporary to it<sup>8</sup>, and evolving in time; awareness of the underlying tension was reflected in the cautious resolution adopted by the Institut in Wiesbaden in 1975<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II: *Island of Palmas* case (*Netherlands v. United States*), 4 April 1928, p. 845 (emphasis added), and cf. pp. 829-871.

<sup>8</sup> Cf. 55 *Annuaire de l'Institut de droit international (AIDI)* (1973), pp. 33, 27, 37, 48, 50 and 86; 56 *AIDI* (1975), p. 536 (para. 1 of the resolution of the Institut). And cf. M. Sorensen, "Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international — Rapport provisoire", 55 *AIDI* (1973), pp. 35-36.

<sup>9</sup> Cf. 56 *AIDI* (1975), pp. 536-541 (cf., particularly, the second *considerandum* of the preambular part of the resolution).

10. La détermination du moment à prendre en considération pour savoir s'il faut ou non retenir l'immunité de l'Etat soulève deux questions: celles de savoir, premièrement, si cette immunité a changé ou évolué durant les dernières décennies et, deuxièmement, si elle doit être en l'espèce appliquée telle qu'elle est interprétée aujourd'hui, au moment où la Cour est saisie du différend. S'agissant de la première question, il est clair que le droit de l'immunité de l'Etat s'est développé et a évolué; il n'est pas resté statique. On ne peut dire que l'évolution survenue dans les domaines du droit international des droits de l'homme, du droit pénal international contemporain et du droit international contemporain n'a eu aucune influence sur le droit en évolution de l'immunité de l'Etat.

11. Quant à la seconde question, il y a de bonnes raisons d'envisager l'immunité telle qu'elle existe au moment où la Cour est saisie du différend. Après tout, s'agissant de jugements rendus par les tribunaux italiens depuis 2004 qui écartent l'immunité de l'Etat et accordent des réparations aux victimes, envisager la question comme on la comprenait durant la seconde guerre mondiale n'aurait aucun sens. La formation et le développement du droit international, de même que son interprétation et son application, ne peuvent guère être dissociés de sa dimension intertemporelle. La question du «droit intertemporel» est posée dans le cadre de la sentence arbitrale rendue le 1<sup>er</sup> avril 1928 dans l'affaire de l'*Ile de Palmas (Pays-Bas c. Etats-Unis)*, dans laquelle l'arbitre, Max Huber, déclarait ce qui suit:

«En ce qui concerne la question de savoir lequel des différents systèmes juridiques en vigueur à des époques successives doit être appliqué dans un cas déterminé — question du droit dit intertemporel — il faut distinguer entre la création du droit en question et le maintien de ce droit. Le même principe, qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit, exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit.»<sup>7</sup>

12. A l'époque moderne, on considère qu'il n'existe pas de règles de droit international «immuables», comme on le pensait erronément il y a longtemps. Lors des sessions qu'il a tenues à Rome en 1973 et à Wiesbaden en 1975, l'Institut de droit international a examiné le sujet du «droit intertemporel». Un accord général s'est fait jour sur l'idée fondamentale que toute situation doit être appréciée à la lumière des règles juridiques qui lui sont contemporaines<sup>8</sup>, et qui évoluent avec le temps; la résolution prudente adoptée par l'Institut à Wiesbaden en 1975 montre qu'il était conscient de la tension sous-jacente<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II: affaire de l'*Ile de Palmas (Pays-Bas c. Etats-Unis)*, 4 avril 1928, p. 845 (les italiques sont de moi); voir aussi p. 829-871.

<sup>8</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international (AIDI)*, vol. 55 (1973), p. 33, 27, 37, 48, 50 et 86; *AIDI*, vol. 56 (1975), p. 536 (par. 1 de la résolution de l'Institut). Et voir M. Sorensen, «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international — Rapport provisoire», *AIDI*, vol. 55 (1973), p. 35-36.

<sup>9</sup> Voir *AIDI*, vol. 56 (1975), p. 536-541; voir en particulier le second considérant du préambule de la résolution.

13. The impact or influence of the passage of time in the formation and evolution of the rules of international law is not a phenomenon external to law<sup>10</sup>. The surpassed positivist-voluntarist conception of international law nourished the pretension of attempting (in vain) to establish the independence of law in relation to time, while concomitantly privileging the method of observation (e.g., of State practice) in its undue minimization of the principles of international law, which touch on the foundations of our discipline.

14. Within the conceptual universe of this latter, aspects of inter-temporal law came to be studied, e.g., keeping in mind the relationship between the contents and the effectiveness of the norms of international law and the social transformations which took place in the new times. A *locus classicus* in this respect lies in the well-known *obiter dictum* of this Court, in its Advisory Opinion on Namibia (1971), wherein affirmed that the system of mandates (territories under mandate)<sup>11</sup> was “not static”, but “by definition evolutionary”; and it added that its interpretation of the matter could not fail to take into account the transformation occurred over the following fifty years, and the considerable evolution of the *corpus juris gentium* in time. In the words of the Court, “an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation”<sup>12</sup>.

15. In respect of the present case opposing Germany to Italy, the fact remains that, even after Court’s Order of 6 July 2010<sup>13</sup>, dismissing as “inadmissible” the Italian counter-claim, and thus, much to my regret,

<sup>10</sup> In the aforementioned work of the Institut, attention was in fact turned to the impact of the passage of time on the development of international law; cf. 55 *AIDI* (1953), pp. 108 and 114-115 (interventions by M. Lachs, P. Reuter and S. Rosenne).

<sup>11</sup> And in particular the concepts incorporated in Article 22 of the Covenant of the League of Nations.

<sup>12</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.

<sup>13</sup> The effects of this Order of the Court were interpreted distinctly by the contending Parties. Germany claimed that the *cas d’espèce* does not concern the Second World War violations of international humanitarian law and the question of reparations, and that this ensues from the Court’s Order of 6 July 2010 (CR 2011/17, p. 18, para. 11); in Germany’s view, the Court does not have jurisdiction to adjudicate upon this issue (CR 2011/20, p. 11, para. 4). Italy, in turn, argued that the aforementioned Order of the Court does not bar it from raising the issue of reparations at this stage of the proceedings, in order to have Germany’s immunity lifted (CR 2011/18, p. 13, para. 10). Turning to the inter-temporal dimension of the present dispute, Germany, however, went back to the times of the Second World War, to claim that the question whether it enjoys immunity before Italian courts should be examined according to the standards in force from 1943-1945, since immunity is the procedural counterpart of the substantive rule that provides for war reparations at inter-State level (CR 2011/17, pp. 35-36, para. 32). Italy, for its part, argued that the rules of State immunity, as procedural rules, must be applied by courts as they exist at the time of the filing of the complaint and not as they existed at the time the alleged violation of international law took place, and claims that such position is supported by Article 4 of the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (CR 2011/18, pp. 23-24, paras. 15-18).

13. L'impact ou l'influence du passage du temps sur la formation et l'évolution des règles du droit international n'est pas un phénomène extérieur au droit<sup>10</sup>. La conception positiviste/volontariste du droit international, aujourd'hui dépassée, a nourri les tentatives (vaines) visant à établir l'indépendance du droit par rapport au temps, tout en privilégiant simultanément la méthode d'observation (par exemple, de la pratique des Etats) réduisant indûment au minimum les principes du droit international, ce qui touche aux fondements de notre discipline.

14. Dans l'univers conceptuel de celle-ci, des aspects du droit intertemporel en sont venus à être étudiés, par exemple, en gardant à l'esprit la relation entre le contenu et l'efficacité des normes du droit international et les transformations sociales intervenues lors des époques nouvelles. Constitue un *locus classicus* à cet égard l'*obiter dictum* bien connu de la Cour dans l'avis consultatif rendu sur la Namibie (1971), dans lequel la Cour a confirmé que le système des mandats (territoires sous mandat)<sup>11</sup> n'était « pas statique », mais était « par définition évolutif[f] » ; et elle a ajouté qu'elle se devait de prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui avait suivi, et l'évolution considérable du *corpus juris gentium* intervenu au fil du temps. Pour la Cour, « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'instrument du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »<sup>12</sup>.

15. Dans la présente affaire, qui oppose l'Allemagne à l'Italie, le fait demeure que, même après l'ordonnance rendue le 6 juillet 2010 par la Cour<sup>13</sup>, qui a déclaré la demande reconventionnelle italienne « irrece-

<sup>10</sup> Dans les travaux susmentionnés, l'Institut met l'accent sur l'impact du passage du temps sur le développement du droit international ; voir *AIDI*, vol. 55 (1953), p. 108 et 114-115 (interventions de M. Lachs, P. Reuter et S. Rosenne).

<sup>11</sup> En particulier, les concepts incorporés à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

<sup>12</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 53.

<sup>13</sup> Les Parties ont interprété différemment les effets de cette ordonnance de la Cour. L'Allemagne affirme que l'affaire n'a pas pour objet les violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale et la question des réparations, et que l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 le confirme (CR 2011/17, p. 18, par. 11) ; pour l'Allemagne, la Cour n'est pas compétente pour connaître de cette question (CR 2011/20, p. 11, par. 4). L'Italie soutient, quant à elle, que l'ordonnance susmentionnée de la Cour ne l'empêche pas de soulever la question des réparations à ce stade de la procédure pour faire lever l'immunité de l'Allemagne (CR 2011/18, p. 13, par. 10). S'agissant de la dimension intertemporelle du présent différend, l'Allemagne revient par contre à la seconde guerre mondiale pour faire valoir que la question de savoir si elle jouit de l'immunité devant les tribunaux italiens doit être examinée selon les normes en vigueur de 1943 à 1945, puisque l'immunité est la contrepartie procédurale de la règle de fond qui prévoit des réparations de guerre dans les relations entre Etats (CR 2011/17, p. 35-36, par. 32). L'Italie soutient, pour sa part, que les règles de l'immunité de l'Etat, en tant que règles procédurales, doivent être appliquées par les tribunaux en l'état qui est le leur au moment où le juge est saisi et non au moment où la violation alléguée du droit international a eu lieu, et elle affirme que cette position est étayée par l'article 4 de la convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CR 2011/18, p. 23-24, par. 15-18).

trying to dissociate State immunities from war claims for reparations, the contending Parties themselves, Germany and Italy, continued to relate their (written and oral) submissions on the issue of State immunities to the factual background of war reparations claims. This appears ineluctable to me, as one cannot consider State immunities in the void, outside the factual context (including the factual origin) wherein they are invoked. The two go together, as the proceedings in the present case clearly demonstrated. I shall come back to this point throughout the present dissenting opinion.

16. It is not warranted, in my view, to invoke the factual origin of a dispute simply to try to argue that forced labour in the war industry was not prohibited in the past (the Second World War), or that *jus cogens* did not exist then, or that rights inherent to the human person were not yet recognized, and at the same time hide oneself behind the shield of State immunity. That makes no sense to me at all, and leads to impunity and manifest injustice. That goes against international law. That is unacceptable today, as was unacceptable in the past. It goes against the *recta ratio*, which lies in the foundations of the law of nations, today as in the past.

17. One cannot take account of inter-temporal law only in a way that serves one's interests in litigation, accepting the passing of time and the evolution of law in relation to certain facts but not to others, of the same *continuing* situation. There may be greater awareness of the interrelatedness between State immunities and war reparations claims today, and this is reassuring. One cannot simply discard such interrelatedness without providing any foundation for such dogmatic position. One cannot hide behind static dogmas so as to escape the legal consequences of the perpetration of atrocities in the past. The evolution of law is to be taken into account, in the unending struggle to put an end to atrocities and to see to it that they do not happen again, anywhere in the world.

### III. STATE IMMUNITIES AND WAR REPARATION CLAIMS: AN INELUCTABLE RELATIONSHIP IN THE PRESENT CASE

18. It should not pass unnoticed that, *after* the Court's Order of 6 July 2010 summarily dismissing the Italian counter-claim, references to the facts underlying the dispute between the Parties, and conforming its historical background, continued to be made by the contending Parties (Germany and Italy). It is in fact striking to note that, even after the Court's Order of 6 July 2010, both Parties — and, more significantly, Germany — have kept on referring to the factual and historical background of the present case. More specifically as to the question of reparations, Germany has dedicated part of its written and oral pleadings to this topic.

vable», et ainsi, à mon grand regret, tenté de dissocier les immunités de l'Etat des demandes de réparations de guerre, les Parties elles-mêmes, l'Allemagne et l'Italie, continuent de lier leurs conclusions (écrites et orales) sur la question des immunités de l'Etat au contexte factuel des demandes de réparations de guerre. Cela me semble inévitable, car on ne peut envisager les immunités de l'Etat dans un vide, hors du contexte factuel (y compris leur origine factuelle) dans lequel elles sont invoquées. Les deux vont ensemble, comme l'a clairement démontré la procédure dans la présente affaire. Je reviendrai sur ce point tout au long de la présente opinion dissidente.

16. Il n'est pas justifié à mes yeux d'invoquer l'origine factuelle d'un différend simplement pour faire valoir que le travail obligatoire dans l'industrie de guerre n'était pas interdit par le passé (la seconde guerre mondiale), ou que le *jus cogens* n'existait pas alors, ou que les droits inhérents à la personne humaine n'étaient pas encore reconnus, tout en s'abritant simultanément derrière le bouclier de l'immunité de l'Etat. Pour moi, cela n'a absolument aucun sens, et aboutit à l'impunité et à une injustice manifeste. Cela va à l'encontre du droit international. Cela est inacceptable aujourd'hui, comme c'était inacceptable par le passé. Cela va à l'encontre de la *recta ratio*, qui est au fondement du droit des gens aujourd'hui comme par le passé.

17. On peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un litige, et accepter le passage du temps et l'évolution du droit en relation avec certains faits mais non d'autres, relevant de la même situation *qui continue*. On est peut-être plus conscient aujourd'hui du rapport entre les immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre, et c'est rassurant. On ne peut tout simplement pas écarter cette relation sans justifier une position aussi dogmatique. On ne saurait invoquer des dogmes statiques pour échapper aux conséquences juridiques de la perpétration d'atrocités. Il faut tenir compte de l'évolution du droit dans la lutte sans fin menée pour mettre fin aux atrocités et faire en sorte qu'elles ne se reproduisent pas, où que ce soit dans le monde.

### III. LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT ET LES DEMANDES DE RÉPARATIONS DE GUERRE : UNE RELATION INÉLUCTABLE DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE

18. Force est de remarquer qu'*après* l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 déclarant la demande reconventionnelle italienne irrecevable, les Parties (l'Allemagne et l'Italie) ont continué d'évoquer les faits qui sous-tendent leur différend et son contexte historique. Il est de fait frappant que, même après l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010, les deux Parties, et l'Allemagne de manière plus significative, n'ont pas cessé d'évoquer le contexte factuel et historique de la présente affaire. S'agissant plus précisément de la question des réparations, l'Allemagne lui a consacré une partie de ses écritures et plaidoiries.

19. In fact, *after* the Court's Order of 6 July 2010 concerning Italy's counter-claim, Germany submitted its Reply (of 5 October 2010) where it dedicates its Section III, paras. 12-34, to "Reparation Issues concerning Italy and Italian Citizens"<sup>14</sup>. As to Germany's arguments concerning the question of reparation and the factual context of the present case, in paragraph 13 of its Reply, for example, it claims that Italy was involved in the post-war reparations scheme and that it received appreciable amounts of compensation from Germany. In paragraph 34 of its Reply, Germany further contends that, through the various mechanisms of reparation, in particular through collective reparations, it has fulfilled its duty to provide reparation in a fully satisfactory manner.

20. The same is true concerning the arguments of the Parties during the oral hearings<sup>15</sup>. A statement by the counsel for Italy is illustrative of this:

"Is it not surprising to hear the Agent of Germany assert again at this stage that the question of reparation 'do[es] not form part of the present proceedings', whereas most of the discussions and the remarks your Court has heard throughout this week of pleadings have been and continue to be focused on this topic, and each of the counsel for the opposing Party has in particular made every effort to demonstrate that no violation of the obligations in question was ever committed?"<sup>16</sup>

21. While Germany states that the case is not about "the [Second World War], violations of international humanitarian law committed during the war and the question of reparations"<sup>17</sup>, during its second pleadings in the oral proceedings, the agent of Germany stated that she intended "to dispel any erroneous impression that might have been created by our Italian and Greek friends that victims of German war crimes were deliberately left without compensation"<sup>18</sup>. She then went on to describe the mechanism of reparation that was put in place after the Second World War, stating that

- "— At the beginning of the 1960s the Federal Republic of Germany paid DM115 million to Greece for victims of racial and religious persecution. Germany likewise concluded the two treaties with Italy referred to in our Memorials, under which a lump sum of DM80 million was paid to Italy.
- Roughly 3,400 Italian civilians were compensated for their forced labour by the Foundation 'Remembrance, Responsibil-

<sup>14</sup> Reply of Germany, paras. 12-34.

<sup>15</sup> Cf., e.g., CR 2011/20, p. 11; CR 2011/21, p. 14.

<sup>16</sup> CR 2011/21, p. 14 (official translation).

<sup>17</sup> CR 2011/17, p. 18.

<sup>18</sup> CR 2011/20, pp. 11-12.

19. En fait, *après* l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 concernant la demande reconventionnelle italienne, l'Allemagne a soumis sa réplique (datée du 5 octobre 2010), dont la section III (par. 12 à 34) est intitulée «Questions liées aux réparations concernant l'Italie et les citoyens italiens»<sup>14</sup>. Quant aux arguments de l'Allemagne concernant la question des réparations et le contexte factuel de la présente affaire, au paragraphe 13 de sa réplique, par exemple, elle fait valoir que l'Italie a bénéficié du régime de réparation d'après guerre et a reçu d'importantes indemnités de l'Allemagne. Au paragraphe 34 de sa réplique, l'Allemagne affirme en outre que, par le biais de divers mécanismes de réparation, en particulier dans le cadre de réparations collectives, elle s'est acquittée de son obligation de réparer de manière pleinement satisfaisante.

20. Il en va de même des arguments des Parties lors des plaidoiries<sup>15</sup>. Une déclaration du conseil de l'Italie peut servir d'exemple à cet égard :

«N'est-ce pas bien étonnant d'entendre M<sup>me</sup> l'agent de l'Allemagne affirmer encore à ce stade que le dossier des réparations «do[es] not form part of the present proceedings», alors que le plus gros des débats et des propos que votre Cour a pu entendre tout au long de cette semaine de plaidoiries a été et continue d'être centré essentiellement sur ce dossier et qu'en particulier chacun des plaideurs de la Partie adverse s'est évertué à démontrer qu'aucune violation des obligations en question n'a jamais été commise?»<sup>16</sup>

21. Bien que l'Allemagne affirme que l'affaire ne concerne pas «les violations du droit humanitaire commises pendant la [seconde] guerre [mondiale] et la question des réparations»<sup>17</sup>, lors du second tour de plaidoiries, l'agent de l'Allemagne a indiqué qu'elle avait l'intention «de dissiper l'impression erronée que nos amis italiens et grecs ont pu créer, à savoir que les victimes de crimes de guerre commis par l'Allemagne n'auraient délibérément pas été indemnisées»<sup>18</sup>. Elle poursuivait alors en décrivant comme suit le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale :

«— Au début des années 1960, la République fédérale d'Allemagne a versé 115 millions de DM à la Grèce en faveur des victimes de la persécution raciale et religieuse. De même, elle a conclu avec l'Italie les deux traités auxquels il a été fait référence dans notre mémoire, en application desquels une somme forfaitaire de 80 millions de DM a été versée à l'Italie.

— Environ 3400 civils italiens ont été indemnisés par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» pour le travail forcé qu'ils

<sup>14</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 12-34.

<sup>15</sup> Voir, par exemple, CR 2011/20, p. 11 ; CR 2011/21, p. 14.

<sup>16</sup> CR 2011/21, p. 14.

<sup>17</sup> CR 2011/17, p. 18.

<sup>18</sup> CR 2011/20, p. 11-12.

ity, Future'. The total amount of funds awarded to Italian individuals by this Foundation was close to €2 million.

- Furthermore, roughly 1,000 Italian military internees were awarded compensation for forced labour under the Foundation scheme.
- In addition, numerous Italian and Greek individuals received payments under the German post-war compensation legislation.”<sup>19</sup>

22. The question is addressed again in the pleadings of counsel for Germany, wherein it is claimed that Italy’s stance that Germany has failed to provide reparation collectively “requires an explanation of the entire system of reparations as it was conceived by the community of States”<sup>20</sup>. The argument goes on to explain the foundations of the system of reparations “conceived by the community of States having declared war on Germany . . . [which] were laid down at Potsdam, a few months after Germany’s surrender”<sup>21</sup>. Thus, counsel for Germany presented “the political, historical and legal context of the waiver clause which must not be seen as a kind of accident, a derailing provision which does not fit into the system of international responsibility”<sup>22</sup>.

23. In conclusion on the point at issue, one cannot make abstraction of the factual context, of the historical background of the facts which gave origin to the present case. State immunities cannot be considered in the void, they constitute a matter which is ineluctably linked to the facts which give origin to a contentious case. This is precisely what I upheld in my dissenting opinion in the Court’s Order of 6 July 2010, whereby the Court decided, however, to dismiss the Italian counter-claim, much to my regret. Shortly after that Order, the contending Parties themselves (Germany and Italy) kept on relating their (written and oral) submissions on the issue of State immunities to the factual background of war reparations claims. It could not have been otherwise, as one and the other are ineluctably interrelated.

#### IV. GERMANY’S RECOGNITION OF STATE RESPONSIBILITY IN THE *CAS D’ESPÈCE*

24. Having established the ineluctable interrelatedness between the claims of State immunities and of war reparations in the *cas d’espèce* (*supra*), I now move on to the next point, namely, Germany’s recognition of State responsibility for the wrongful acts which lie in the factual origin of the present case. This comes to reveal the uniqueness of the present

<sup>19</sup> CR 2011/20, pp. 11-13.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 27.

avaient dû effectuer. La somme totale versée à des ressortissants italiens par cette fondation avoisinait les 2 millions d'euros.

- Par ailleurs, quelque 1000 internés militaires italiens ont été indemnisés pour cause de travail forcé dans le cadre du régime mis en place par ladite fondation.
- Enfin, de nombreux ressortissants italiens et grecs se sont vu verser des indemnités en application de la législation allemande d'après guerre en matière d'indemnisation.»<sup>19</sup>

22. Le conseil de l'Allemagne revient sur la question dans sa plaidoirie, affirmant que la position de l'Italie selon laquelle l'Allemagne avait failli à l'obligation de réparation collective qui lui incombait «exige[ait] une explication du régime de réparation tel qu'il a été conçu par la communauté des Etats»<sup>20</sup>. Le conseil de l'Allemagne poursuit en expliquant les fondements du régime de réparation «conçus par la communauté des Etats ayant déclaré la guerre à l'Allemagne ... posés à Potsdam, quelques mois après la capitulation de l'Allemagne»<sup>21</sup>. C'est ainsi que le conseil de l'Allemagne a présenté «le contexte politique, historique et juridique de la clause de renonciation, qui ne [devait] pas être considérée comme une sorte d'accident, une disposition déviante qui ne cadr[ait] pas avec le régime de la responsabilité internationale»<sup>22</sup>.

23. Pour conclure sur ce point, on ne peut faire abstraction du contexte factuel, du contexte historique qui est à l'origine de la présente affaire. Les immunités de l'Etat ne peuvent être envisagées dans un vide, elles sont inéluctablement liées aux faits qui sont à l'origine du litige. C'est précisément ce que j'ai déclaré dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance du 6 juillet 2010, par laquelle la Cour a décidé à mon grand regret de rejeter la demande reconventionnelle italienne. Peu après cette ordonnance, les Parties (l'Allemagne et l'Italie) ont elles-mêmes continué de lier leurs conclusions (écrites et orales) sur la question des immunités de l'Etat au contexte factuel des demandes de réparations de guerre. Il n'aurait pu en être autrement, puisque les deux questions sont inéluctablement liées.

#### IV. RECONNAISSANCE PAR L'ALLEMAGNE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN L'ESPÈCE

24. Ayant établi que l'invocation des immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre étaient inéluctablement liées en l'espèce (*supra*), je passe maintenant au point suivant, à savoir la reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'Etat pour les faits illicites qui sont à l'origine de la présente affaire. Cette reconnaissance illustre

<sup>19</sup> CR 2011/20, p. 11-13.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 25-26.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 25-26.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 27.

case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, a very rare one in the inter-State *contentieux* before the Hague Court, and an unprecedented one in that the Complainant State recognizes its own responsibility for the harmful acts lying in the origins, and forming the factual background, of the present case.

25. Throughout the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, in the written and oral phases, Germany took the commendable initiative of repeatedly recognizing State responsibility for the wrongful acts lying in the factual origins of the *cas d'espèce*, i.e., for the crimes committed by the Third Reich during the Second World War<sup>23</sup>. Thus, in the written proceedings, in its Memorial Germany stated that

“the historical context of the dispute cannot be fully understood without at least a summary description of the unlawful conduct of the forces of the German Reich, on the one hand, and the steps undertaken by post-war Germany, at the inter-State level, to give effect to the international responsibility of Germany deriving from that conduct, on the other. (. . .)

The democratic Germany, which emerged after the end of the Nazi dictatorship, has consistently expressed its deepest regrets over the egregious violations of international humanitarian law perpetrated by German forces during the period from 8/9 September 1943 until the liberation of Italy.”<sup>24</sup>

26. Germany then referred to its own previous “symbolic gestures”, on many occasions, to remember the Italian citizens who became “victims of barbarous strategies in an aggressive war”. It added that it was “prepared to do so in the future” again. Germany recalled, in particular, the 2008 ceremony held in the memorial site “La Risiera di San Sabba” close to Trieste (which had been used as a concentration camp during the German occupation in the Second World War), where Germany fully acknowledged the untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres, and on former Italian military internees”<sup>25</sup>.

27. One of the conclusions of the meeting of German and Italian authorities during the ceremony in the memorial site near Trieste (on 18 November 2008) was the decision to create a joint commission of German and Italian historians.

“with the mandate to look into the common history of both countries during the period when they were both governed by totalitarian regimes, giving special attention to those who suffered from war

<sup>23</sup> Cf., e.g., Memorial of Germany, paras. 7, 15, 59, 94; Reply of Germany, para. 2; CR 2011/17, p. 15, para. 5; pp. 18-19, para. 12; p. 31, para. 20; p. 48, para. 41; CR 2011/20, para. 1.

<sup>24</sup> Memorial of Germany, paras. 7 and 15.

<sup>25</sup> *Ibid.*, para. 15.

l'unicité de la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, car il est très rare, voire sans précédent, que devant la Cour l'Etat demandeur reconnaisse sa responsabilité pour les faits dommageables qui sont à l'origine de l'affaire et en constituent le contexte factuel.

25. Tout au long de la procédure écrite et orale, l'Allemagne a pris l'initiative louable de reconnaître à maintes reprises la responsabilité de l'Etat allemand pour les faits illicites qui sont à l'origine du litige, c'est-à-dire les crimes commis par le III<sup>e</sup> Reich durant la seconde guerre mondiale<sup>23</sup>. C'est ainsi que, dans son mémoire, l'Allemagne a déclaré

«on ne saurait ... se faire une idée claire du contexte historique du différend sans revenir, même succinctement, sur la conduite illicite des forces du Reich allemand, d'une part, et sur les mesures prises au niveau interétatique par l'Allemagne de l'après-guerre pour mettre en œuvre la responsabilité de l'Allemagne découlant de cette conduite, d'autre part...

L'Allemagne démocratique qui a vu le jour après la chute de la dictature nazie n'a pas laissé d'exprimer ses regrets les plus profonds pour les violations massives du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes à partir des 8 et 9 septembre 1943 et ce, jusqu'à la libération de l'Italie.»<sup>24</sup>

26. L'Allemagne a ensuite évoqué ses maints «gestes symboliques» pour honorer la mémoire des citoyens italiens «victimes de stratégies barbares dans le cadre de cette guerre d'agression». Elle a ajouté qu'elle était «prête à en faire autant dans l'avenir». Elle a en particulier rappelé la cérémonie organisée en 2008 sur le site commémoratif «La Risiera di San Saba», situé près de Trieste (qui avait été utilisé comme camp de concentration durant l'occupation allemande lors de la seconde guerre mondiale), au cours de laquelle elle avait pleinement reconnu «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens»<sup>25</sup>.

27. Une des conclusions de la réunion des autorités allemandes et italiennes pendant cette cérémonie organisée près de Trieste le 18 novembre 2008 a été la décision de créer une commission conjointe d'historiens allemands et italiens

«qui aurait pour mission de revenir sur l'histoire commune des deux pays pendant la période où l'un et l'autre étaient sous la coupe d'un régime totalitaire, en prêtant une attention spéciale aux victimes de crimes de

<sup>23</sup> Voir, par exemple, mémoire de l'Allemagne, par. 7, 15, 59, 94; réplique de l'Allemagne, par. 2; CR 2011/17, p. 15, par. 5, p. 18-19, par. 12, p. 31, par. 20, et p. 48, par. 41; CR 2011/20, par. 1.

<sup>24</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 7 et 15.

<sup>25</sup> *Ibid.*, par. 15.

crimes, including those Italian soldiers whom the authorities of the Third Reich abusively used as forced labourers ('military internees'). In fact, the first conference of that joint commission, which comprises five eminent scholars from each side, was held on 28 March 2009 in Villa Vigoni, the prominent centre for cultural encounters in German-Italian relations."<sup>26</sup>

28. Germany added that it "does not challenge the assertion that indeed very serious violations, even crimes, were committed by its occupation forces in Italy"<sup>27</sup>. It added that "[t]he unlawful actions of the armed forces of the Third Reich took place between 1943 and 1945. Since that time, no injurious new element was added to the damage originally caused."<sup>28</sup> In its Reply, Germany again referred to "[t]he horrendous events of World War II, when German occupation forces perpetrated indeed serious violations of the laws of war"<sup>29</sup> (which it sought, however, to separate from the issue of State immunity submitted to the jurisdiction of the Court).

29. Likewise, in the course of the oral proceedings, in the public sitting of 12 September 2011 before the Court, counsel for Germany stated that

"The democratic Germany which emerged after the end of the Nazi dictatorship has consistently expressed its deepest regret over the egregious violations of international humanitarian law perpetrated by German forces and fully acknowledges the suffering inflicted on the Italian people during the period from September 1943 until the liberation of Italy in May 1945. In this context, the German Government has, in co-operation with the Italian Government, made a number of gestures to reach out to the victims and their families. (. . .)

[M]ost horrendous crimes were committed by Germans during World War II. Germany is fully aware of her responsibility in this regard. Those crimes were unique, as were the instruments and mechanisms for compensation and reparation — financially, politically and otherwise — set up and implemented by Germany since the end of the war. We cannot undo history. If victims or descendants of victims feel that these mechanisms were not sufficient, we do regret this."<sup>30</sup>

30. Shortly afterwards, in the public sitting of 15 November 2011 before the Court, counsel for Germany reiterated that

"We are well aware that the complex legal nature of these proceedings on State immunity cannot do justice at all to the human dimen-

<sup>26</sup> Memorial of Germany, para. 15.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 59.

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 94.

<sup>29</sup> Reply of Germany, para. 2.

<sup>30</sup> CR 2011/17, pp. 15 and 18, paras. 5 and 12; and cf. p. 31, para. 20, for yet another reference to the "grave breaches of the law perpetrated by the authorities of the German Third Reich".

guerre, notamment aux soldats italiens que les autorités du III<sup>e</sup> Reich utilisèrent abusivement pour le travail forcé (les «internés militaires»). En fait, la première conférence de cette commission conjointe, composée de cinq éminents spécialistes de chacune des parties, s'est tenue le 28 mars 2009 à la Villa Vigoni, le centre renommé d'échanges culturels organisés dans le cadre des relations germano-italiennes.»<sup>26</sup>

28. L'Allemagne a ajouté qu'elle «ne contest[ait] pas que des violations graves, voire des crimes, [avaient] effectivement été commises par ses forces d'occupation en Italie»<sup>27</sup> et que «[l]es actes illicites des forces armées du III<sup>e</sup> Reich furent commis entre 1943 et 1945. Depuis cette époque, aucun nouvel effet dommageable n'est venu s'ajouter au préjudice causé à l'origine.»<sup>28</sup> Dans sa réplique, l'Allemagne évoque de nouveau «[l]es terribles événements de la seconde guerre mondiale lorsque les forces d'occupation allemandes ont, de fait, gravement violé les lois de la guerre»<sup>29</sup> (en s'efforçant néanmoins de les séparer de la question de l'immunité de l'Etat soumise à la compétence de la Cour).

29. De même, à l'audience du 12 septembre 2011, le conseil de l'Allemagne a déclaré :

«L'Allemagne démocratique apparue à la fin de la dictature nazie a constamment exprimé son plus profond regret face aux violations grossières du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes et reconnaît pleinement les souffrances infligées au peuple italien pendant la période qui s'est écoulée entre septembre 1943 et la libération de l'Italie en mai 1945. Dans ce cadre, le Gouvernement allemand, en coopération avec le Gouvernement italien, a fait plusieurs gestes en faveur des victimes et de leurs familles...

[D]es crimes indicibles ont été commis par des Allemands au cours de la seconde guerre mondiale. L'Allemagne est tout à fait consciente de sa responsabilité à cet égard. Ces crimes étaient uniques, comme l'ont été les instruments et les mécanismes d'indemnisation et de réparation — financiers, politiques et autres — créés et mis en œuvre par l'Allemagne depuis la fin de la guerre. Nous ne pouvons refaire l'histoire. Si les victimes ou les descendants des victimes croient que ces mécanismes n'étaient pas suffisants, nous le regrettons sincèrement.»<sup>30</sup>

30. Peu après, à l'audience du 15 novembre 2011, le conseil de l'Allemagne a déclaré à la Cour :

«Nous sommes tout à fait conscients que la complexité juridique de la présente affaire relative aux immunités de l'Etat ne permettra

<sup>26</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 15.

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 59.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 94.

<sup>29</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 2.

<sup>30</sup> CR 2011/17, p. 15, par. 5, et p. 18, par. 12; voir aussi p. 31, par. 20, pour une autre évocation des «violations graves du droit perpétrées par les autorités du III<sup>e</sup> Reich allemand».

sion of the terrible wartime events for which Germany has accepted full responsibility. I would like to take this opportunity to emphasize our deepest respect for the victims, not only here in the courtroom.”<sup>31</sup>

Germany further recognized its responsibility specifically for the massacre of Distomo in Greece, perpetrated on 10 June 1944 (cf. para. 188 *infra*).

31. The massacre of Distomo was by no means an isolated atrocity of the kind; there were other massacres in occupied Greece at that time, in a pattern of systematic oppression and extreme violence<sup>32</sup>. The above statements before this Court, of acknowledgment of State responsibility on the part of Germany, commendable as they are, show again the impossibility of making abstraction of the factual background of the present case, pertaining to the claim of State immunity as ineluctably related to war reparation claims.

#### V. FUNDAMENTAL HUMAN VALUES: RESCUING SOME FORGOTTEN DOCTRINAL DEVELOPMENTS

32. Since legal doctrine (i.e., “the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations”) is listed among the formal “sources” of international law, together with “judicial decisions”, in Article 38 (1) (*d*) of the ICJ Statute, consideration of the basic issue raised in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* cannot thus prescind from, and be exhausted in, a review only of case law (both international and domestic) on the procedural issue of State immunity strictly. Attention is to be turned also to the most lucid international legal thinking, drawing on the underlying human values. I thus turn my attention to some writings which I regard as particularly relevant to the consideration of the *cas d’espèce*.

33. I do not purport to be exhaustive, but rather selective, in singling out some ponderations which should not remain seemingly forgotten in our days, particularly by the active (if not hectic) legal profession, which appears today oblivious of the lessons of the past, in its persistent obsession of privileging strategies of litigation over consideration of fundamental human values. I draw attention to the apparently forgotten thoughts of three distinguished jurists, who belonged to the same generation which witnessed and survived two World Wars, who were devoted to interna-

<sup>31</sup> CR 2011/20, p. 10, para. 1.

<sup>32</sup> For one of the few general historical accounts available, cf. M. Mazower, *Inside Hitler’s Greece: The Experience of Occupation, 1941-44*, New Haven/London, Yale Nota Bene/Yale University Press, 2001, pp. 155-261.

nullement d'appréhender la dimension humaine des terribles événements qui se sont déroulés pendant la guerre, événements à l'égard desquels l'Allemagne a reconnu sa pleine responsabilité. Je saisis d'ailleurs cette occasion pour témoigner aux victimes, et pas seulement à celles qui sont présentes dans cette salle de justice, notre plus profond respect.»<sup>31</sup>

L'Allemagne a en outre reconnu spécifiquement sa responsabilité pour le massacre de Distomo perpétré en Grèce le 10 juin 1944 (voir par. 188 *infra*).

31. Le massacre de Distomo n'a aucunement été une atrocité isolée ; il y a eu d'autres massacres en Grèce occupée à l'époque, dans le cadre d'une oppression systématique d'une extrême violence<sup>32</sup>. Les déclarations devant la Cour citées ci-dessus de reconnaissance de la responsabilité de l'Etat allemand, si louables soit-elles, montrent une nouvelle fois qu'il est impossible de faire abstraction du contexte factuel de la présente affaire, l'invocation de l'immunité de l'Etat étant inéluctablement liée aux demandes de réparations de guerre.

#### V. VALEURS HUMAINES FONDAMENTALES : DES DÉVELOPPEMENTS DOCTRINAUX TIRÉS DE L'OUBLI

32. Comme la doctrine (c'est-à-dire «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations») figure parmi les «sources» du droit international avec les «décisions judiciaires» à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la CIJ, l'examen de la question fondamentale que soulève la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* ne peut donc se limiter au seul examen de la jurisprudence (internationale comme nationale) relative à la question procédurale de l'immunité de l'Etat au sens strict ni consister en ce seul examen. Il faut aussi prêter attention à la doctrine des publicistes les plus éclairés, et tirer profit des valeurs humaines qui la soutiennent. Je vais donc me pencher sur des ouvrages que je considère comme particulièrement pertinents pour l'examen du présent cas d'espèce.

33. J'entends ne pas être exhaustif mais être bien sélectif en choisissant certaines réflexions qui ne devraient pas être ignorées de nos jours, en particulier par les praticiens actifs (sinon surmenés) du droit, qui semblent avoir oublié les leçons du passé, persistant à privilégier les stratégies judiciaires au lieu de tenir compte des valeurs humaines fondamentales. J'appelle l'attention sur les réflexions apparemment oubliées de trois juristes éminents, qui appartenaient à la génération qui a été témoin de deux guerres mondiales et y a survécu, et qui se sont consacrés au droit inter-

<sup>31</sup> CR 2011/20, p. 10, par. 1.

<sup>32</sup> Pour l'une des relations générales disponibles, voir M. Mazower, *Inside Hitler's Greece: The Experience of Occupation, 1941-44*, New Haven/Londres, Yale Nota Bene/Yale University Press, 2001, p. 155-261.

tional law in the epoch of the anguish of the inter-war period and of the horrors of the Second World War: Albert de La Pradelle (1871-1955), former member of the Advisory Committee of Jurists which in 1920 drafted the Statute of the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), subsequently to become, with minor changes, the Statute of the ICJ; Max Huber (1874-1960), former judge of the PCIJ<sup>33</sup>; and Alejandro Alvarez (1868-1960), former judge of the ICJ.

34. At the same time as the rise of Nazism in Germany, humanism was being cultivated elsewhere, and not so far away, within the realm of international legal thinking. In an illuminating series of lectures, delivered in Paris, from November 1932 to May 1933, Albert de La Pradelle pondered that the *droit des gens* transcends inter-State relations, it regulates them so as to protect human beings: it is a true “law of the human community”. The *droit des gens* seeks to ensure respect for the rights of the human person, to ensure compliance by States of their duties vis-à-vis the human beings under the respective jurisdictions. International law — he added — was constructed as from human beings, it exists *by* and *for* them<sup>34</sup>.

35. Under the *droit des gens*, States ought to permit human beings who compose them to become masters of their own destiny. One is here before a true “*droit de l’humanité*”, in the framework of which general principles of law — which are those of international law, emanating from natural law<sup>35</sup> — play an important and guiding role. The purely inter-State conception is dangerous, he warned; in his own words,

“It is extremely grave and perilous that international law is forming on the conception of reciprocal rights and duties of the different States. (. . .) [I]t is essential to move away from that process of definition. (. . .) [I]t poses an immediate danger, leading States to focus solely, in respect of the organization and development of international law, on their particular freedoms grouped together under a new expression, that of *sovereignty*.”<sup>36</sup>

Attention is, in his view, to be turned to those general principles, emanating from the *juridical conscience*, and to the “evolution of humankind”, respectful of the rights of the human person<sup>37</sup>.

36. On his turn, Max Huber, in a book written in his years of maturity and published towards the end of his life, drew attention to the relevance of “superior values”, above “State interests”, in the whole realm of the *jus*

<sup>33</sup> And its former president in the period 1925-1927.

<sup>34</sup> A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, November 1932/ May 1933, pp. 49, 80-81, 244, 251, 263, 265-266 and 356.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 230, 257, 264 and 413.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 33-34. [*Translation by the Registry.*]

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 261 and 412.

national durant l'entre-deux-guerres, une époque marquée par l'angoisse, et alors que les horreurs de la seconde guerre mondiale étaient perpétrées : Albert de La Pradelle (1871-1955), ancien membre du Comité consultatif de juristes qui a en 1920 rédigé le Statut de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), devenu par la suite, moyennant des modifications mineures, le Statut de la CIJ ; Max Huber (1874-1960), ancien juge de la CPJI<sup>33</sup> ; et Alejandro Alvarez (1868-1960), ancien juge de la CIJ.

34. A l'époque où en Allemagne le nazisme prenait son essor, l'humanisme était cultivé dans d'autres régions, point trop éloignées, dans le domaine de la réflexion juridique internationale. Dans le cadre d'une série de conférences pénétrantes données à Paris de novembre 1932 à mai 1933, Albert de La Pradelle expliquait que le droit des gens transcende les relations entre Etats, et les régit de manière à protéger la personne humaine : c'est un vrai « droit de la communauté humaine ». Le droit des gens vise à assurer le respect des droits de la personne humaine, pour faire en sorte que les Etats s'acquittent de leurs obligations vis-à-vis des êtres humains placés sous leur juridiction. Le droit international, ajoutait-il, s'est formé à partir de l'être humain, il existe *par lui* et *pour lui*<sup>34</sup>.

35. En application du droit des gens, les Etats doivent permettre aux êtres humains qui les constituent de devenir les maîtres de leur destinée. Il s'agit là d'un véritable « droit de l'humanité », dans le cadre duquel les principes généraux du droit, qui sont ceux du droit international et découlent du droit naturel<sup>35</sup>, jouent un rôle directeur important. La conception purement étatique du droit est dangereuse, avertissait-il :

« Il est extrêmement grave et dangereux que le droit international se forme sur la conception de droits et de devoirs réciproques des différents Etats ... [C]ette définition, on doit l'écartier ... [E]lle devient immédiatement périlleuse en menant les Etats à ne se préoccuper, dans l'organisation et le développement du droit international, que de leurs libertés particulières réunies sous une expression nouvelle qui est celle de *souveraineté*. »<sup>36</sup>

Il fallait selon lui prêter attention à ces principes généraux, émanant de la *conscience juridique*, et à l'« évolution de l'humanité », respectueuse des droits de la personne humaine<sup>37</sup>.

36. Max Huber, à son tour, dans un ouvrage écrit à l'âge mûr et publié vers la fin de sa vie, appelait l'attention sur la pertinence des « valeurs supérieures » aux « intérêts de l'Etat » dans tout le domaine du *jus gentium*

<sup>33</sup> Et qui a présidé cette juridiction de 1925 à 1927.

<sup>34</sup> A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des hautes études internationales/Centre européen de la dotation Carnegie, novembre 1932/mai 1933, p. 49, 80-81, 244, 251, 263, 265-266 et 356.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 230, 257, 264 et 413.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 261 et 412.

*gentium* as a law of mankind (*droit de l'humanité*)<sup>38</sup>. Looking back in time (writing in 1954), he pondered that

“If one compares the current era with that of 1914, it is clear to see that there has been a weakening of the sense of the law, a reduction in the instinctive respect for the limits it imposes; this is surely a consequence of the damage sustained within the legal structures of States (. . .) Devaluation of the human person and life and widespread deterioration of the legal consciousness. All that explains why a significant part of humanity accepted, without any apparent strong reaction, a serious debasement of the laws of war.”<sup>39</sup>

37. The *jus gentium* beheld and advocated by Huber, in the light of natural law thinking, is meant to protect the human person. Contemporary international humanitarian law (as embodied, e.g., in the four Geneva Conventions) — he added — purported ultimately to the protection of the human person as such, irrespective of nationality; it was centred on human beings. He further recalled the ultimate ideal cultivated by some international legal philosophers of the *civitas maxima gentium*<sup>40</sup>.

38. For his part, Alejandro Alvarez, in a book published (originally in Paris) one year before his death, titled *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959), also visualized the foundations of international law — subsequent to the “social cataclysm” of the Second World War — as from its general principles<sup>41</sup>, emanated from the “international juridical conscience”<sup>42</sup>, wherefrom derive also — he added — precepts such as those pertaining to the crime against humanity<sup>43</sup>. To him as well, those general principles of international law emanated from the juridical conscience, and should be re-stated in the new times<sup>44</sup>.

39. They were endowed with much importance, as historically exemplified by the two Hague Peace Conferences (1899 and 1907)<sup>45</sup>. A. Alvarez further observed that, as a result of the “dynamism” of the evolving international law,

“it is rather often difficult to make in this law the traditional distinction between ‘*lex lata*’ and ‘*lex ferenda*’. Beside a formed international law, there is always an international law in the process of formation.”<sup>46</sup>

<sup>38</sup> M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Geneva, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270 and 293.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 291-292. [Translation by the Registry.]

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 247, 270, 286 and 304.

<sup>41</sup> A. Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962 [reed.], pp. 156, 163 and 292.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 49, 57, 77, 155-156 and 292.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 156 and 304.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 163 and 304.

<sup>45</sup> Cf. *ibid.*, pp. 156 and 357.

<sup>46</sup> “Es a menudo difícil hacer en este derecho la distinción tradicional entre la ‘*lex lata*’ y la ‘*lex ferenda*’. Al lado de un derecho internacional formado, hay siempre un derecho internacional en formación.” (*Ibid.*, p. 292.) [My translation.]

en tant que droit de l'humanité<sup>38</sup>. Se tournant vers le passé (il écrivait en 1954), il exposait ce qui suit :

« Si l'on compare l'époque actuelle avec celle de 1914, on doit bien constater un affaiblissement du sens du droit, une diminution du respect instinctif des limites qu'il impose; conséquence certaine des dégradations subies à l'intérieur des structures juridiques des Etats... Dévalorisation de la personne et de la vie humaines ainsi qu'affaiblissement étendu de la conscience juridique. Tout cela explique pourquoi une partie importante de l'humanité accepta, sans grandes réactions apparentes, de sérieuses altérations du droit de la guerre. »<sup>39</sup>

37. Le *jus gentium*, envisagé et défendu par M. Huber à la lumière de la doctrine du droit naturel, est destiné à protéger la personne humaine. Le droit international humanitaire contemporain (consacré, par exemple, dans les quatre conventions de Genève) — ajoutait-il — visait en dernière analyse à protéger la personne humaine en tant que telle, indépendamment de la nationalité; il était axé sur les êtres humains. Il rappelait en outre l'idéal ultime cultivé par certains publicistes de la *civitas maxima gentium*<sup>40</sup>.

38. Alejandro Alvarez, pour sa part, dans un ouvrage publié (initialement à Paris) un an avant sa mort et intitulé *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959), envisageait également les fondements du droit international — à la suite du « cataclysme social » de la seconde guerre mondiale — découlant de ces principes généraux<sup>41</sup> qui émanaient de la « conscience juridique internationale »<sup>42</sup>, d'où découlent également, ajoutait-il, des préceptes comme ceux touchant le crime contre l'humanité<sup>43</sup>. Pour lui également, ces principes généraux du droit international émanaient de la conscience juridique et ils devaient être réaffirmés à l'époque nouvelle<sup>44</sup>.

39. On leur accordait beaucoup d'importance, comme l'attestent, d'un point de vue historique, les deux conférences de paix de La Haye (1899 et 1907)<sup>45</sup>. A. Alvarez faisait en outre observer que, du fait du « dynamisme » de l'évolution du droit international,

« il est souvent assez difficile de distinguer, dans ce droit, la *lex lata* de la *lex ferenda*. A côté d'un droit international formé, il y a toujours un droit international en formation. »<sup>46</sup>

<sup>38</sup> M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, p. 26, 247, 270 et 293.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 291-292.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 247, 270, 286 et 304.

<sup>41</sup> A. Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962 (rééd.), p. 156, 163 et 292.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 49, 57, 77, 155-156 et 292.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 156 et 304.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 163 et 304.

<sup>45</sup> Voir *ibid.*, p. 156 et 357.

<sup>46</sup> « Es a menudo difícil hacer en este derecho la distinción tradicional entre la « *lex lata* » y la « *lex ferenda* ». Al lado de un derecho internacional formado, hay siempre un derecho internacional en formación. » (*Ibid.*, p. 292.)

40. This brief survey of doctrinal developments, centred on fundamental human values, discloses that, some of the most distinguished jurists of a generation which witnessed the horrors of two World Wars in the twentieth century did not at all pursue a State-centric approach to our discipline. On the contrary, they advanced an entirely distinct approach, centred on the human person. They were, in my understanding, faithful to the historical origins of the *droit des gens*, as one ought to be nowadays as well. Even a domain so heavily marked by the State-centric approach — which did not help at all to avoid the horrors of the World Wars — such as that of State immunities has nowadays to be reassessed in the light of *fundamental human values*. State immunities are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays, at last, in the light of fundamental human values.

#### VI. THE COLLEGIAL DOCTRINAL WORK OF LEARNED INSTITUTIONS OF INTERNATIONAL LAW

41. The work of learned institutions in the domain of international law can be invoked in this connection. The subject of the jurisdictional immunities of the State, central in the *cas d'espèce*, has attracted the attention of succeeding generations of legal scholars, as well as of learned institutions, such as the Institut de droit international (IDI) and the International Law Association (ILA). The Institut de droit international, since its early days in the late nineteenth century up to the present time, has occupied itself of the theme. As early as in its Hamburg Session of 1891, its *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* (Drafting Committee and L. von Bar, J. Westlake and A. Hartmann) stated, in Article 4 (6), that:

“The only admissible actions against a foreign State are:

.....  
 — actions for damages for delicts or quasi-delicts committed on the territory.” [Translation by the Registry.]

42. Over half-a-century later, its conclusions on *L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers* (Session of Aix-en-Provence, 1954 — rapporteur, E. Lémonon) held, in Article 3, that:

“The courts of a State may entertain actions against a foreign State and the legal persons referred to in Article 1 whenever the dispute relates to an act which is not an act of public authority.

Whether or not an act is an act of public authority is determined by the *lex fori*.” [Translation by the Registry.]

40. Ce bref exposé de l'évolution doctrinale axée sur les valeurs humaines fondamentales révèle que certains des plus éminents juristes d'une génération qui a connu les horreurs de deux guerres au XX<sup>e</sup> siècle ne souscrivaient pas à une approche de notre discipline axée sur l'Etat. Au contraire, ils défendaient une approche totalement distincte, axée sur la personne humaine. Ils étaient, pour moi, fidèles aux origines historiques du droit des gens, comme on devrait également l'être de nos jours. Même un domaine aussi lourdement marqué par l'approche axée sur l'Etat — laquelle n'a pas du tout contribué à éviter les horreurs de deux guerres mondiales — que celui des immunités de l'Etat doit aujourd'hui être réévalué à la lumière des *valeurs humaines fondamentales*. Les immunités de l'Etat sont, après tout, une prérogative ou un privilège, et elles ne peuvent continuer de faire abstraction de l'évolution du droit international qui a lieu de nos jours, enfin, compte tenu des valeurs humaines fondamentales.

VI. L'ŒUVRE DOCTRINALE COLLÉGIALE D'INSTITUTIONS SAVANTES  
DE DROIT INTERNATIONAL

41. L'œuvre d'institutions savantes dans le domaine du droit international peut être invoquée à cet égard. Le sujet des immunités juridictionnelles de l'Etat, qui est au cœur de la présente espèce, a attiré l'attention de générations successives de juristes, ainsi que d'institutions savantes comme l'Institut de droit international (IDI) et l'Association de droit international (ADI). L'Institut de droit international a étudié le sujet depuis sa naissance à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours. Dès sa session de Hambourg de 1891, il déclarait, dans son *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* (comité de rédaction et L. von Bar, J. Westlake et A. Hartmann), au paragraphe 6 de l'article 4, que :

« Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont :

.....  
— Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire. »

42. Plus d'un demi-siècle plus tard, on pouvait lire dans ses conclusions sur *L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers* (session d'Aix-en-Provence, 1954; rapporteur, E. Lémonon), à l'article 3 :

« Les tribunaux d'un Etat peuvent connaître des actions contre un Etat étranger et les personnes morales visées à l'article 1, toutes les fois que le litige a trait à un acte qui n'est pas de puissance publique.

La question de savoir si un acte n'est pas de puissance publique relève de la *lex fori*. »

43. In 1991, at its Basel Session, its conclusions on *Contemporary Problems concerning the Immunity of States in relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement* (rapporteur, I. Brownlie) provided (as to the criteria indicating the competence of courts of the forum State in relation to jurisdictional immunity), in Article 2 (2) (e), that:

“In the absence of agreement to the contrary, the following criteria are indicative of the competence of the relevant organs of the forum State to determine the substance of the claim, notwithstanding a claim to jurisdictional immunity by a foreign State which is a party:

- .....
- The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State.”

44. One decade later, in its Session of Vancouver of 2001, the resolution of the IDI on *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international* (rapporteur, J. Verhoeven) stated, in Article 3, that

“In civil and administrative matters, the Head of State does not enjoy any immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State, unless that suit relates to acts performed in the exercise of his or her official functions. Even in such a case, the Head of State shall enjoy no immunity in respect of a counter-claim. Nonetheless, nothing shall be done by way of court proceedings with regard to the Head of State while he or she is in the territory of that State, in the exercise of official functions.”

45. Four years later, in the Krakow Session of 2005, the Institut de droit international, in its conclusions on *Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes* (rapporteur, C. Tomuschat), was of the view (Article 3 (a)) that

“Unless otherwise lawfully agreed, the exercise of universal jurisdiction shall be subject to the following provisions:

- Universal jurisdiction may be exercised over international crimes identified by international law as falling within that jurisdiction in matters such as genocide, crimes against humanity, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims or other serious violations of international humanitarian law committed in international or non-international armed conflict.”

43. En 1991, à sa session de Bâle, il déclarait à l'alinéa *e*) du paragraphe 2 de l'article 2 de ses conclusions sur *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats* (rapporteur, I. Brownlie), à propos des critères indicatifs de la compétence des tribunaux de l'Etat du for en matière d'immunité de juridiction, que :

«En l'absence de convention contraire, les critères suivants sont indicatifs de la compétence des organes de l'Etat du for pour connaître du fond de la demande, nonobstant une éventuelle revendication d'immunité de juridiction formulée par un Etat étranger :

- .....
- Les organes de l'Etat du for sont compétents à l'égard d'actions concernant le décès ou les dommages corporels de personnes ainsi que la perte ou les dommages aux biens, imputables à des activités d'un Etat étranger ou de ses agents dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for.»

44. Une décennie plus tard, à sa session de Vancouver, en 2001, il déclarait à l'article 3 de sa résolution sur *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international* (rapporteur, J. Verhoeven) :

«En matière civile ou administrative, le chef d'Etat ne jouit d'aucune immunité de juridiction devant le tribunal d'un Etat étranger, sauf lorsqu'il est assigné en raison d'actes qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles ; dans ce dernier cas, il ne jouit pas de l'immunité si la demande est reconventionnelle. Toutefois, aucun acte lié à l'exercice de la fonction juridictionnelle ne peut être accompli à son endroit lorsqu'il se trouve sur le territoire de cet Etat dans l'exercice de ses fonctions officielles.»

45. Quatre ans plus tard, à sa session de Cracovie, en 2005, l'Institut de droit international, à l'alinéa *a*) de l'article 3 de sa résolution sur *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* (rapporteur, C. Tomuschat), déclarait :

«L'exercice de la compétence universelle est subordonné aux dispositions ci-après, à moins qu'il n'en soit convenu autrement de manière licite :

- la compétence universelle peut être exercée en cas de crimes internationaux identifiés par le droit international comme relevant de cette compétence dans les matières telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international.»

46. Last but not least, in its resolution on *Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in Case of International Crimes* (rapporteur, Lady Fox), adopted at its Naples Session of 2008, the Institut was of the view (Arts. II (2) and (3)) that

- “Pursuant to treaties and customary international law, States have an obligation to prevent and suppress international crimes. Immunities should not constitute an obstacle to the appropriate reparation to which victims of crimes addressed by this Resolution are entitled.
- States should consider waiving immunity where international crimes are allegedly committed by their agents.”

47. Furthermore, the same Naples resolution of 2009 of the IDI significantly added (Article III (1) and (3) (a) and (b)) that

- “No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes. (. . .)
- The above provisions are without prejudice to:
  - the responsibility under international law of a person referred to in the preceding paragraphs;
  - the attribution to a State of the act of any such person constituting an international crime.”<sup>47</sup>

Article IV of the same resolution adds that the above provisions “are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State”.

48. It is clear from the above that, from the start, the IDI approached State immunities as evolving in time, certainly not static nor immutable, and having limitations or exceptions (Sessions of Hamburg of 1891, of Aix-en-Provence of 1954, and of Basel of 1991). The same may be said of immunities of Heads of State (Session of Vancouver of 2001). More recently (Session of Krakow of 2005), the IDI upheld universal jurisdiction over international crimes (grave violations of human rights and of international humanitarian law). And, in its most recent work on the subject (Session of Naples of 2009), the IDI held precisely that no State immunity applies with regard to international crimes (Art. III (1)); the resolution was adopted by 43 votes to none, with 14 abstentions.

---

<sup>47</sup> And Article V further stated that “The above provisions are without prejudice to the issue whether and when a State enjoys immunity from jurisdiction before the national courts of another State in civil proceedings relating to an international crime committed by an agent of the former State.”

46. Enfin et surtout, aux paragraphes 2 et 3 de l'article II de sa résolution sur *L'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux* (rapporteur, lady Fox), adoptée à sa session de Naples en 2008, l'Institut déclarait ce qui suit :

- « Conformément au droit international conventionnel et coutumier, les Etats ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate à laquelle ont droit les victimes des crimes visées par la présente résolution.
- Les Etats devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsque ceux-ci sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis des crimes internationaux. »

47. De plus, dans la même résolution, adoptée à Naples en 2009, l'IDI ajoute, de manière significative (art. III, par. 1 et 3, *a*) et *b*):

- « Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux... »
- Les dispositions ci-dessus sont sans préjudice de :
  - la responsabilité en vertu du droit international de toute personne visée aux paragraphes précédents ;
  - l'imputation à un Etat des actes de cette personne qui sont constitutifs de crimes internationaux. »<sup>47</sup>

L'article IV de la même résolution ajoute que, dans une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent d'un Etat, les dispositions ci-dessus « ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet Etat peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre Etat ».

48. Il ressort de ce qui précède que, dès le départ, l'IDI a envisagé les immunités de l'Etat comme évoluant avec le temps et assurément pas comme statiques ni immuables, et comme sujettes à limitations ou exceptions (sessions de Hambourg en 1891, d'Aix-en-Provence en 1954 et de Bâle en 1991). On peut dire la même chose des immunités des chefs d'Etat (session de Vancouver en 2001). Plus récemment (session de Cracovie en 2005), l'IDI a confirmé la compétence universelle vis-à-vis des crimes internationaux (violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire). Et, dans le cadre de ses travaux les plus récents sur le sujet (session de Naples en 2009), l'IDI a précisément indiqué que l'Etat ne jouissait d'aucune immunité en cas de crimes internationaux (art. III, par. 1); la résolution en question a été adoptée par 43 voix contre zéro, avec 14 abstentions.

---

<sup>47</sup> Et l'article IV ajoute : « Dans une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent d'un Etat, les dispositions qui précèdent ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet Etat peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre Etat. »

49. In the debates of that *confrérie* which preceded the adoption of the aforementioned resolution of Naples of 2009, the following views were, *inter alia*, expressed: (a) State-planned and State-perpetrated crimes, engaging State responsibility, removed any bar to jurisdiction, at national and international levels, so as to avoid impunity (interventions by A. A. Cançado Trindade); (b) State immunity from jurisdiction cannot be understood as immunity from criminalization (interventions by G. Abi-Saab); (c) emphasis is to be laid on the need to avoid leaving the victims without any remedy (intervention by G. Burdeau); (d) there is need to take such progressive approach (intervention by R. Lee)<sup>48</sup>.

50. The other learned institution aforementioned, the International Law Association (ILA), dwelt upon the matter as well. In its final report on *The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences* (Conference of London of 2000), the ILA Committee on International Law and Practice employed the term “gross human rights offences” as shorthand for “serious violations of international humanitarian law and international human rights law that qualify as crimes under international law and that are of such gravity as to set them out as deserving special attention, *inter alia*, through their being subjected to universal jurisdiction” (p. 3). One of the “conclusions and recommendations” (No. 4) reached by that ILA Committee was that:

“No immunities in respect of gross human rights offences subject to universal jurisdiction shall apply on the grounds that crimes were perpetrated in an official capacity.” (P. 21.)

51. One decade later, in its report on *Reparation for Victims of Armed Conflict* (ILA Conference of The Hague of 2010), the ILA Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict (substantive issues) observed, in the commentary on Article 6 of its draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues), that the duty to make reparation has “its roots in general principles of State responsibility” (as expressed by the PCIJ in the *Chorzów Factory* case, 1928), in Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907 and in Article 91 of the I Additional Protocol of 1977 to the four Geneva Conventions of 1949 (p. 311). And the ILA Committee added that:

“Whilst claims of the individual were traditionally denied, the dominant view in the literature has increasingly come to recognize an individual right to reparation — not only under international human rights law, but also under international humanitarian law. The same shift is discernible in State practice.”<sup>49</sup> (P. 312.)

<sup>48</sup> Cf. 73 *Annuaire de l'Institut de droit international* — Session de Naples (2009), pp. 144, 148, 158, 167, 175, 187, 198, 222 and 225.

<sup>49</sup> And cf. pp. 313-320, on the changes that have occurred in recent years, pointing towards the recognition of the individual's right to reparation (cf. *infra*, on this particular point).

49. Lors des débats de l'Institut qui ont précédé l'adoption à Naples en 2009 de la résolution susmentionnée, les vues ci-après ont notamment été exprimées: *a)* les crimes planifiés et perpétrés par l'Etat, qui engagent la responsabilité de celui-ci, lèvent tout obstacle à la compétence aux niveaux national et international, de manière à éviter l'impunité (interventions de A. A. Cançado Trindade); *b)* l'immunité de juridiction de l'Etat ne saurait être interprétée comme l'immunité de juridiction pénale (interventions de G. Abi-Saab); *c)* il faut mettre l'accent sur la nécessité de ne pas laisser les victimes sans aucun recours (intervention de G. Burdeau); *d)* il faut adopter une approche progressiste (intervention de R. Lee)<sup>48</sup>.

50. La seconde institution savante susmentionnée, l'Association de droit international (ADI), s'est également penchée sur la question. Dans son rapport final sur *L'exercice de la compétence universelle à l'égard des atteintes graves aux droits de l'homme* (conférence de Londres, tenue en 2000), le Comité du droit international et de la pratique des Etats a utilisé l'expression «infractions graves aux droits de l'homme» pour désigner les «violations graves du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme qualifiées de crimes par le droit international et dont la gravité est telle qu'elles appellent une attention particulière, notamment en ce qu'elles relèvent de la compétence universelle» (p. 3). L'une des «conclusions et recommandations» (n° 4) du comité de l'ADI était la suivante:

«En cas d'infractions graves aux droits de l'homme relevant de la compétence universelle, aucune immunité ne saurait être tirée du fait que les crimes ont été commis dans l'exercice de fonctions officielles.» (P. 21.)

51. Une décennie plus tard, dans son rapport sur les réparations pour les victimes de conflits armés (conférence de La Haye, tenue en 2010), le comité des réparations aux victimes de conflits armés (questions de fond) de l'ADI a fait observer, dans le commentaire relatif à l'article 6 de son projet de déclaration sur les principes du droit international relatifs aux réparations pour les victimes de conflits armés (question de fond), que l'obligation de réparer avait «son origine dans les principes généraux de la responsabilité de l'Etat» (tels qu'exprimés par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, en 1928), dans l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 et dans l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 aux quatre conventions de Genève de 1949 (p. 311). Et le comité de l'ADI d'ajouter:

«Si, traditionnellement, les réclamations individuelles sont rejetées, l'opinion dominante de la doctrine reconnaît de plus en plus l'existence d'un droit individuel à réparation — non seulement en droit international des droits de l'homme, mais aussi en droit international humanitaire. On peut constater la même évolution dans la pratique des Etats.»<sup>49</sup> (P. 312.)

<sup>48</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, session de Naples (2009), p. 144, 148, 158, 167, 175, 187, 198, 222 et 225.

<sup>49</sup> Et voir p. 313-320, sur l'évolution qui s'est produite ces dernières années dans le sens de la reconnaissance du droit de l'individu à réparation (voir *infra* sur ce point particulier).

52. In sum and conclusion, contemporary international legal doctrine, including the work of learned institutions in international law, gradually resolves the tension between State immunity and the right of access to justice rightly in favour of the latter, particularly in cases of international crimes. It expresses its concern with the need to abide by the imperatives of justice and to avoid impunity in cases of perpetration of international crimes, thus seeking to guarantee their non-repetition in the future. It is nowadays generally acknowledged that criminal State policies and the ensuing perpetration of State atrocities cannot at all be covered up by the shield of State immunity.

#### VII. THE THRESHOLD OF THE GRAVITY OF THE BREACHES OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

53. This brings me to the consideration of a related aspect, not sufficiently developed in expert writing to date, namely, the threshold of the *gravity* of the breaches of human rights and of international humanitarian law, removing any bar to jurisdiction, in the quest for reparation to the victimized individuals. In this respect, there have been endeavours, at theoretical level, to demonstrate the feasibility of the determination of the international criminal responsibility not only of individuals but also of States; it has been suggested that the acknowledgement of State responsibility for international crimes is emerging in general international law<sup>50</sup>. It goes without saying that criminal practices of States entail consequences for the determination of reparations to individual victims, each and all of them, — even more cogently from the contemporary outlook — which I advance — of an international law *for* the human person, *for* humankind<sup>51</sup>.

54. In this line of reasoning, it is important to dwell upon the needed configuration of the threshold of the *gravity* of the breaches of human rights, with ineluctable legal consequences for the removal of any bar to jurisdiction and for the question of reparations to the victims. It is indeed important to consider nowadays all mass atrocities in the light of the threshold of *gravity*, irrespective of who committed them; this may sound evident, but there subsist in practice regrettable attempts to exempt States from any kind of responsibility. From time to time there have been attempts to construe the threshold of the gravity of breaches of human rights; this concern has been expressed at times, e.g., in the work of the

<sup>50</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press 2003, pp. 206-207, 231, 279-280 and 283.

<sup>51</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I", 316 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* (2005), pp. 31-439; A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part II", 317 *RCADI* (2005), pp. 19-312.

52. Pour résumer et en conclusion, la doctrine juridique internationale contemporaine, y compris les institutions savantes de droit international, concilie progressivement l'immunité de l'Etat et le droit d'accès des victimes à la justice en faveur de ces dernières, en particulier en cas de crimes internationaux. Elle se soucie de la nécessité de respecter les impératifs de la justice et d'éviter l'impunité en cas de crimes internationaux, ce afin de garantir la non-répétition de ceux-ci à l'avenir. Il est de nos jours généralement reconnu que les politiques d'Etat criminelles et la perpétration qui en découle d'atrocités par les Etats ne peuvent aucunement s'abriter derrière l'immunité de l'Etat.

#### VII. LE SEUIL DE GRAVITÉ DES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME ET AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

53. Cela m'amène à examiner un aspect connexe de la question qui n'a pas jusqu'ici été suffisamment traité en doctrine, à savoir le seuil de *gravité* des atteintes aux droits de l'homme et au droit international humanitaire qui lève tout obstacle à la compétence dans la quête d'une réparation au bénéfice des victimes individuelles. A cet égard, on a tenté, au niveau théorique, de démontrer qu'il était possible de mettre en œuvre la responsabilité pénale internationale non seulement des individus mais aussi des Etats; on a dit que la responsabilité de l'Etat en cas de crime international commençait à être reconnue en droit international général<sup>50</sup>. Il va sans dire que les pratiques criminelles des Etats ont des conséquences pour la détermination des réparations au bénéfice des victimes individuelles, pour chacune d'entre elles, *a fortiori* si on se place du point de vue de la doctrine contemporaine — que je défends — d'un droit international *pour* la personne humaine, *pour* l'humanité<sup>51</sup>.

54. Dans le même ordre d'idées, il importe de s'arrêter sur la configuration qui doit être celle du seuil de *gravité* des violations des droits de l'homme, avec les conséquences juridiques inéluctables qu'elle entraîne pour ce qui est de l'élimination de tout obstacle à la compétence et de la question des réparations au profit des victimes. Il est effectivement important de tenir compte aujourd'hui de toutes les atrocités de masse à la lumière du seuil de *gravité*, quels qu'en soient les auteurs; cela peut paraître évident, mais en pratique des tentatives regrettables visant à exonérer les Etats de tout type de responsabilité subsistent. On a tenté de temps à autre d'interpréter le seuil de gravité des violations des droits de

<sup>50</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2003, p. 206-207, 231, 279-280 et 283.

<sup>51</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, vol. 316 (2005), p. 31-439; A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part II», *RCADI*, vol. 317 (2005), p. 19-312.

UN International Law Commission (ILC), albeit without concrete results to date.

55. In 1976, in its consideration of the draft Articles on State Responsibility (rapporteur, Roberto Ago), the ILC admitted that there were some international wrongs that were “more serious than others”, that amounted to “international crimes”, as they were in breach of fundamental principles (such as those of the UN Charter) “deeply rooted in the conscience of mankind”, as well as of the foundations of “the legal order of international society”<sup>52</sup>. In acknowledging the need of recognizing such “exceptionally serious wrongs”, the ILC, invoking “the terrible memory of the unprecedented ravages of the [Second World War]”, pondered, still in 1976:

“The feeling of horror left by the systematic massacres of millions of human beings perpetrated by the Nazi régime, and the outrage felt at utterly brutal assaults on human life and dignity, have both pointed to the need to ensure that not only the internal law of States but, above all, the law of the international community itself should lay down peremptory rules guaranteeing that the fundamental rights of peoples and of the human person will be safeguarded and respected; all this has prompted the most vigorous affirmation of the prohibition of crimes such as genocide, apartheid and other inhuman practices of that kind.”<sup>53</sup>

56. One decade later, in the same line of concern, the ILC rapporteur on the draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Doudou Thiam), in his Fifth Report (of 1987) made the point that the offences at issue were “crimes which affect the very foundations of human society”<sup>54</sup>. Shortly later, in 1989, the same rapporteur drew attention to the concept of “grave breaches” as incorporated into the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law (1949) and Additional Protocol I (1977) thereto<sup>55</sup>. One decade later, in its commentary on Article 7 of the aforementioned draft Code (1996 Report), the ILC pondered that

“It would be paradoxical to allow the individuals who are, in some respects, the most responsible for the crimes covered by the Code, to invoke the sovereignty of the State and to hide behind the immunity that is conferred on them by virtue of their positions, particularly since these heinous crimes shock the conscience of mankind, violate

<sup>52</sup> UN, *Yearbook of the International Law Commission* (1976), Vol. II, Part II, pp. 109 and 113-114, and cf. p. 119.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>54</sup> UN doc. A/CN.4/404/Corr.1, of 17 March 1987, p. 2, and cf. pp. 5-6.

<sup>55</sup> Cf. UN, *Yearbook of the International Law Commission* (1989), Vol. II, Part I, pp. 83-85.

l'homme; cette préoccupation a parfois été exprimée, par exemple dans les travaux de la Commission du droit international (CDI) de l'ONU, sans aboutir jusqu'ici à des résultats concrets.

55. En 1976, lors de l'examen de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats (rapporteur, Roberto Ago), la CDI a reconnu qu'il existait des faits internationalement illicites « plus graves que d'autres », qui constituaient des « crimes internationaux » du fait qu'ils portaient atteinte à des principes fondamentaux (comme ceux de la Charte des Nations Unies) « profondément enracinés dans la conscience de l'humanité » ainsi qu'aux fondements de « l'ordre juridique de la société internationale »<sup>52</sup>. Constatant la nécessité de reconnaître ces « illicéités exceptionnellement graves », la CDI, invoquant « le terrible souvenir des ravages sans précédent causés par [la seconde guerre mondiale] », faisait observer en 1976 encore :

« Le sentiment d'horreur laissé par les massacres systématiques de millions d'êtres humains perpétrés par le régime nazi, l'exécution ressentie pour les atteintes les plus brutales à la vie et à la dignité de l'homme ont mis en évidence la nécessité de faire en sorte que non seulement le droit interne des Etats mais avant tout le droit de la communauté internationale elle-même énoncent des règles impératives pour la sauvegarde et le respect des droits fondamentaux des peuples et de l'être humain — tout cela a poussé à l'affirmation la plus énergique de l'interdiction de crimes tels que le génocide, l'apartheid et d'autres pratiques inhumaines du même genre. »<sup>53</sup>

56. Une décennie plus tard, dans le même souci, le rapporteur spécial de la CDI pour le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Doudou Thiam) faisait observer dans son cinquième rapport (1987) que les infractions en cause étaient des « crimes qui portent atteinte aux fondements mêmes de la société humaine »<sup>54</sup>. Peu après, en 1989, le même rapporteur spécial a appelé l'attention sur la notion d'« infractions graves » consacrée dans les quatre conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire et le protocole additionnel I (1977) y relatif<sup>55</sup>. Une décennie plus tard, dans son commentaire de l'article 7 du projet de code susmentionné (rapport de 1996), la CDI faisait l'observation suivante :

« Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le Code puissent invoquer la souveraineté de l'Etat et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions, d'autant plus qu'il s'agit de crimes odieux qui bouleversent la conscience de l'humanité, violent certaines des

<sup>52</sup> Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 109 et 113-114; voir aussi p. 119.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>54</sup> Nations Unies, doc. A/CN.4/404/Corr.1 du 17 mars 1987, p. 2; voir aussi p. 5 et 6.

<sup>55</sup> Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 83-85.

some of the most fundamental rules of international law and threaten international peace and security.”<sup>56</sup>

57. Grave breaches of international law were to make their appearance again in the 2001 Articles on State Responsibility, then adopted by the ILC. Article 40 defines as “serious breach” of an obligation under “a peremptory norm of general international law” that which involves “a gross or systematic failure by the responsible State” to fulfil the obligation. Article 41 again refers to “serious breach”. The commentary to those provisions underlines the “systematic, gross or egregious nature” of the breaches at issue<sup>57</sup>. Those breaches engage *State* responsibility, which is not effaced by the international *individual* criminal responsibility<sup>58</sup>. State responsibility, in case of grave breaches, subsists in general international law. State and individual responsibility complement each other, as developments in international human rights law and in international criminal law indicate nowadays.

58. Moreover, in cases of grave breaches of human rights, the States concerned incur into responsibility for grave harm done ultimately to individuals, to human beings, and not to other States. The ILC itself so admitted, in its 2001 final Report, containing the commentaries on the Articles it had just adopted. The ILC conceded that:

“a State’s responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist towards all the other parties to the treaty, but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights”<sup>59</sup>.

59. In sum, the *titulaires* of the right to reparation are the individuals concerned, the victimized human beings. In the perpetration of grave breaches of human rights and of international humanitarian law, the criminality of individual executioners acting in the name of States is ineluctably linked to the criminality of the responsible States themselves. After all, war crimes, crimes against peace, and crimes against humanity are committed in a planned and organized way, disclosing a collective

<sup>56</sup> ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of Its 48th Session* (6 May-26 July 1996), p. 39, para. 1 (on Article 7).

<sup>57</sup> J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 247.

<sup>58</sup> A. A. Cançado Trindade, “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 253-269; P. S. Rao, “International Crimes and State Responsibility”, *ibid.*, pp. 76-77.

<sup>59</sup> “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, UN doc. A/56/10, of 2001, Art. 33, para. 3, p. 95.

règles les plus fondamentales du droit international et menacent la paix et la sécurité internationales.»<sup>56</sup>

57. Les violations graves du droit international devaient apparaître de nouveau en 2001 dans les articles sur la responsabilité de l'État adoptés cette année-là par la CDI. L'article 40 définit la «violation grave» d'une obligation découlant «d'une norme impérative du droit international général» comme une violation qui dénote «de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique» à l'exécution de l'obligation. L'article 41 utilise également l'expression «violation grave». Le commentaire de ces dispositions souligne le «caractère systématique, flagrant ou répété» des violations en cause<sup>57</sup>. Ces violations engagent la responsabilité de l'État, qui n'est pas effacée par la responsabilité pénale internationale de l'individu<sup>58</sup>. La responsabilité de l'État subsiste en droit international général en cas de violations graves. La responsabilité de l'État et la responsabilité individuelle se complètent, comme l'atteste l'évolution contemporaine du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international.

58. De plus, en cas de violations graves des droits de l'homme, les États concernés voient leur responsabilité engagée en raison des dommages graves causés à des individus, à des êtres humains et non à d'autres États. La CDI elle-même l'a admis dans son rapport de 2001, dans lequel figurent les commentaires du projet d'articles qu'elle venait d'adopter. Elle a admis que :

«la responsabilité d'un État [pouvait] être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties au traité en question, mais les individus concernés [devaient] être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires des droits en question»<sup>59</sup>.

59. En résumé, les titulaires du droit à réparation sont les individus concernés, les êtres humains victimisés. Lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont commises, la criminalité des individus qui les commettent au nom des États est inéluctablement liée à la criminalité des États responsables eux-mêmes. Après tout, les crimes de guerre, les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité sont commis de manière planifiée et organisée, ce qui révèle une crimi-

<sup>56</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48<sup>e</sup> session* (6 mai-26 juillet 1996), p. 57, par. 1 (sur l'article 7).

<sup>57</sup> J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 247.

<sup>58</sup> A. A. Cançado Trindade, «Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited», *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (dir. publ., M. Ragazzi), Leyde, Nijhoff, 2005, p. 253-269; P. S. Rao, «International Crimes and State Responsibility», *ibid.*, p. 76-77.

<sup>59</sup> «Projets d'articles sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites et commentaires relatifs», Nations Unies, doc. A/56/10 de 2001, art. 33, par. 3, p. 252.

criminality<sup>60</sup>. They count on resources of the State, they are true crimes of State. There is thus need to take into account, jointly, the international responsibility of the *State* and the international criminal responsibility of the *individual*, complementary to each other as they are<sup>61</sup>.

60. At *normative level*, the threshold of gravity of breaches of the fundamental rights of the human person comes to the fore time and time again, even though insufficiently developed to date. There are historical moments when it has attracted particular attention, e.g., shortly after the adoption of Additional Protocol I (of 1977, Art. 85) to the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law (of 1949)<sup>62</sup>. The regime of grave breaches set forth in the four Geneva Conventions of 1949 (I Convention, Arts. 49-50; II Convention, Articles 50-51; III Convention, Arts. 129-130; IV Convention, Arts. 146-147) is nowadays regarded as forming part of customary international law<sup>63</sup>.

61. At *jurisprudential level*, the threshold of gravity of human rights breaches is nowadays beginning to attract attention, and to be considered, within the framework of the emerging case law in the domain of international criminal law<sup>64</sup>. It has much developed, above all, in the jurisprudential construction in recent years in the domain of the international law of human rights<sup>65</sup>. An example is afforded by the handling of the case of *Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda* (2003) by the African Commission on Human and Peoples' Rights<sup>66</sup>. The most notorious advances in this respect have been achieved by the juristen-

<sup>60</sup> R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Brussels, Bruylant/Eds. de l'Université de Brussels, 2004, pp. 24, 85, 262-264 and 286-287.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 294, 298, 409-410, 412, 459 and 511.

<sup>62</sup> Cf. E. J. Roucouas, "Les infractions graves au droit humanitaire", 31 *Revue hellénique de droit international* (1978), pp. 60-139.

<sup>63</sup> Cf. J.-M. Henckaerts, "The Grave Breaches Regime as Customary International Law", 7 *Journal of International Criminal Justice* (2008), pp. 683-701.

<sup>64</sup> Cf., e.g., W. A. Schabas, "Gravity and the International Criminal Court", *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osuji), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 689-706.

<sup>65</sup> The gravity of certain breaches of fundamental rights (e.g., forced disappearances of persons and summary or extra-legal executions) was, early in its history, acknowledged by the IACtHR; its pioneering case law in that regard was served of inspiration to, and was followed by, the corresponding case law of the ECHR, in particular in the *cycle of Turkish cases*, towards the end of the twentieth century. Cf., e.g., J. Benzimra-Hazan, "En marge de l'arrêt *Timurtas contre la Turquie*: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes", 48 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2001), pp. 983-997; Leo Zwaak, "The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of *Akdivar and Others*", 10 *Leiden Journal of International Law* (1997), pp. 99-110.

<sup>66</sup> As I recently pointed out, in my separate opinion in the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 2010 (II), pp. 803-804, para. 218, note 158.

nalité collective<sup>60</sup>. Ils utilisent les ressources de l'Etat, ils constituent de véritables crimes d'Etat. Il n'y a donc pas besoin de tenir compte, conjointement, de la responsabilité internationale de l'*Etat* et de la responsabilité pénale internationale de l'*individu*, si complémentaires soient-elles<sup>61</sup>.

60. Au *niveau normatif*, le seuil de gravité des violations des droits fondamentaux de la personne humaine a retenu l'attention à de nombreuses reprises, même s'il n'a pas fait jusqu'ici l'objet de développements suffisants. A certains moments de l'histoire, il a particulièrement attiré l'attention, par exemple peu après l'adoption du protocole additionnel I (de 1997, art. 85) aux quatre conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire<sup>62</sup>. Le régime applicable aux violations graves prévu dans les quatre conventions de Genève de 1949 (convention I, art. 49-50; convention II, art. 50-51; convention III, art. 129-130; et convention IV, art. 146-147) est désormais considéré comme faisant partie du droit international coutumier<sup>63</sup>.

61. Sur le *plan de la jurisprudence*, le seuil de gravité des violations des droits de l'homme commence à attirer l'attention et à être envisagé dans le cadre de la jurisprudence qui se fait jour en droit pénal international<sup>64</sup>. Il s'est surtout beaucoup développé ces dernières années dans la construction jurisprudentielle intervenue dans le domaine du droit international des droits de l'homme<sup>65</sup>. Un exemple est fourni par l'affaire *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda* (2003) dont a connu la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>66</sup>. C'est dans la jurisprudence constituée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme

<sup>60</sup> R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 24, 85, 262-264 et 286-287.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 294, 298, 409-410, 412, 459 et 511.

<sup>62</sup> Voir E. J. Roucouas, «Les infractions graves au droit humanitaire», *Revue hellénique de droit international*, vol. 31 (1978), p. 60-139.

<sup>63</sup> Voir J.-M. Henckaerts, «The Grave Breaches Regime as Customary International Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2008), p. 683-701.

<sup>64</sup> Voir par exemple W. A. Schabas, «Gravity and the International Criminal Court», *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (dir. publ., C. Eboe-Osuji), Leyde, Nijhoff, 2010, p. 689-706.

<sup>65</sup> La gravité de certaines violations de droits fondamentaux (par exemple les disparitions forcées et les exécutions sommaires ou extrajudiciaires) a été reconnue par la CIADH peu après sa création; elle a fait œuvre de pionnière à cet égard et a inspiré la jurisprudence correspondante de la CEDH, en particulier dans le cadre du *cycle des affaires turques* vers la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Voir sur ces affaires, par exemple, J. Benzimra-Hazan, «En marge de l'arrêt *Timurtas contre la Turquie*: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 48 (2001), p. 983-997; Leo Zwaak, «The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of *Akdivar and Others*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 10 (1997), p. 99-110.

<sup>66</sup> Comme je l'ai récemment fait observer dans mon opinion individuelle en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 803-804, par. 218, note 158.

tial construction, throughout the last decade, of the IACtHR, in the adjudication of the aforementioned cycle of cases of massacres<sup>67</sup>.

62. Reference can here be made, in this connection, to the Judgments of the IACtHR in the cases, *inter alia*, of the *Massacre of Plan de Sánchez v. Guatemala* (of 29 April 2004), of the *Massacre of Mapiripán v. Colombia* (of 15 September 2005), of the *Massacres of Ituango v. Colombia* (of 1 July 2006), of *Goiburú et al. v. Paraguay* (of 22 September 2006 — cf. *infra*), of *Almonacid Arellano v. Chile* (of 26 September 2006), of the *Prison of Castro-Castro v. Peru* (of 25 November 2006), of *La Cantuta v. Peru* (of 29 November 2006). There is here space for fostering a jurisprudential convergence between the international law of human rights and contemporary international criminal law. Another area of convergence lies in the participation of the victims themselves — their *locus standi in judicio* — in the respective procedures between international human rights tribunals and international criminal tribunals.

#### VIII. THE QUESTION OF WAIVER OF CLAIMS IN RESPECT OF THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE IN THE PLEADINGS BEFORE THE COURT: ASSESSMENT

63. The question of the *waiver of claims* in respect of the *right of access to justice* (in order to seek reparation) was controverted in the arguments of the contending Parties (Germany and Italy) as well as of the intervening State (Greece) in the course of the oral pleadings before this Court. Germany contended, challenging the Italian argument of an individual right to reparation<sup>68</sup>, that the respect for the immunity of a foreign State is a lawful limitation to the right to access to justice<sup>69</sup>. It further argued that there is no rule that prohibits the waiver of pecuniary claims, as the actual violation has already ceased<sup>70</sup>. If the argument of Italy were to be accepted — Germany went on — the whole structure of the scheme of reparations built after the Second World War would be destroyed, as massive claims could be raised both by and against Germany for violations of the laws of war by Germany and Allied Forces<sup>71</sup>. Germany at last claimed that the system of reparation created was comprehensive

<sup>67</sup> For a recent assessment, cf. [Various Authors], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: La Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (eds. E. Lambert Abdelgawad and K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, pp. 17-334.

<sup>68</sup> CR 2011/17, pp. 41-42, paras. 14 and 16.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 43-44, paras. 23-24. In this respect, Germany added that even if a right to reparation and a cause of action exist under international law, it has abided by it, since it has given full and non-discriminatory access to its Courts to all plaintiffs (Italian and Greek); *ibid.*, p. 46, para. 30.

<sup>70</sup> CR 2011/20, pp. 15-16, paras. 2-3.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 17-18, paras. 4-6.

(CIADH) tout au long de la dernière décennie dans les affaires de massacres susmentionnées que l'on trouve les avancées les plus remarquables<sup>67</sup>.

62. On peut mentionner à cet égard les arrêts rendus par la CIADH dans les affaires, parmi d'autres, *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* (29 avril 2004), *Massacre de Mapiripán c. Colombie* (15 septembre 2005), *Massacres d'Ituango c. Colombie* (1<sup>er</sup> juillet 2006), *Goiburú et autres c. Paraguay* (22 septembre 2006 — voir *infra*), *Almonacid Arellano c. Chili* (26 septembre 2006), *Prison de Castro-Castro c. Pérou* (25 novembre 2006) et *La Cantuta c. Pérou* (29 novembre 2006). Il est possible de favoriser une convergence jurisprudentielle entre le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international contemporain. Un autre point de convergence réside dans la participation des victimes elles-mêmes — leur *locus standi in judicio* — aux procédures respectives des tribunaux internationaux des droits de l'homme et des tribunaux pénaux internationaux.

#### VIII. LA QUESTION DE LA RENONCIATION AUX RÉCLAMATIONS S'AGISSANT DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DANS LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR : ÉVALUATION

63. La question de la *renonciation aux réclamations s'agissant du droit d'accès à la justice* (afin de demander réparation) a suscité une controverse entre les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce) lors des plaidoiries devant la Cour. L'Allemagne affirmait, contestant l'argument italien quant à l'existence d'un droit individuel à réparation<sup>68</sup>, que le respect de l'immunité d'un Etat étranger était une limitation licite du droit d'accès à la justice<sup>69</sup>. Elle a en outre fait valoir qu'aucune règle n'interdisait de renoncer à des réclamations pécuniaires, la violation ayant déjà pris fin<sup>70</sup>. Si on acceptait l'argument de l'Italie, poursuivait l'Allemagne, l'ensemble du régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale serait mis à bas, puisque des demandes de réparations massives pourraient être formulées aussi bien par que contre l'Allemagne pour des violations des lois de la guerre par l'Allemagne et les forces alliées<sup>71</sup>. L'Allemagne faisait finalement valoir que le système de

<sup>67</sup> Pour une évaluation récente, voir [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (dir. publ., E. Lambert Abdelgawad et K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 17-334.

<sup>68</sup> CR 2011/17, p. 41-42, par. 14 et 16.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 43-44, par. 23-24. A cet égard, l'Allemagne ajoutait que, même s'il existait un droit à réparation et un intérêt pour agir en droit international, elle en a tenu compte puisqu'elle a donné plein accès, sans discrimination aucune, à ses tribunaux à tous les plaignants (italiens et grecs); *ibid.*, p. 46, par. 30.

<sup>70</sup> CR 2011/20, p. 15-16, par. 2-3.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 17-18, par. 4-6.

and tried to balance the interests of the victim States and those of Germany<sup>72</sup>.

64. Italy retorted that the waiver clause of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty does not cover violations of international humanitarian law. Taking issue with the German argument, it reiterated the position that claims of reparation for grave breaches of international humanitarian law have not been waived by Italy, as they were beyond the scope of the provision of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty. Italy thus claimed that the only interpretation of that provision of the 1947 Treaty is that it does not waive reparations for violations of international humanitarian law<sup>73</sup>. And even if the intention were to waive all such claims against Germany — Italy added — that would be illegal, as it would absolve Germany from all war crimes committed, which was not allowed under the Geneva Conventions regime<sup>74</sup>.

65. Addressing specifically the right to reparation of the Italian military internees, Italy referred, in this respect, to the paradoxical treatment dispensed to them, who were excluded from the reparations regime provided by the on “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation, because they were prisoners of war, whereas Nazi Germany had deprived them of this status and had used them as forced labourers<sup>75</sup>. Italy added that the claims of the victims of massacres cannot be considered as waived, because at the time of the alleged waiver (either in the 1947 Peace Treaty or in the 1961 Agreements) the crimes had not yet been established; moreover, the recognition of such a waiver would lead to the absurd situation of the perpetrators of these crimes being criminally responsible but not civilly liable. Such a solution would also be contrary to all modern developments of international criminal law, which recognizes that criminal responsibility and civil liability are connected<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> CR 2011/20, pp. 23-26, paras. 17-24. Moreover, it included a waiver by Italy of all claims against Germany, as a sanction for its participation in the Axis; *ibid.*, pp. 26-27, paras. 23-25. And the two bilateral 1961 Agreements were a gesture towards Italy in order to further improve their relations, while the waiver clause remained in full force; *ibid.*, pp. 29-30, para. 32.

<sup>73</sup> CR 2011/21, p. 24, para. 29, and cf. CR 2011/18, pp. 26-27, paras. 4-8.

<sup>74</sup> Cf. CR 2011/18, pp. 31-32, paras. 18-23; and cf., pp. 20-21, paras. 11-13, and pp. 22-23, para. 14. Italy claims that the cases of reparations that are at issue herein do not concern victims of Nazi persecution, to which reparations have been made; CR 2011/21, p. 25, para. 33. The present concern is with victims such as the military internees, who have not received any reparation.

<sup>75</sup> CR 2011/18, p. 33, para. 28.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 34, paras. 29-30. Moreover, Italy notes that, as Germany conceded, even those *ex gratia* reparations were only partial; CR 2011/21, pp. 25-26, paras. 34-35. Italy claims that there are a significant number of Italian citizens who are entitled to reparation and who have not yet received any. Italy thus claimed that their only avenue for redress is through the Italian courts, which would not have lifted Germany’s immunity had the German Government agreed to take measures in order to offer them the reparations they are entitled to; CR 2011/18, pp. 13-14, para. 11.

réparation mis en place était complet et visait à réaliser un équilibre entre les intérêts des Etats victimes et ceux de l'Allemagne<sup>72</sup>.

64. L'Italie répliqua que la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ne couvrait pas les violations du droit international humanitaire. Contestant l'argument allemand, elle réitéra sa position selon laquelle elle n'avait pas renoncé aux demandes de réparation pour violations graves du droit international humanitaire car celles-ci n'entraient pas dans le champ d'application du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947. L'Italie faisait ainsi valoir que la seule interprétation de cette disposition du traité de 1947 était qu'elle ne constituait pas une renonciation aux demandes de réparation à raison des violations du droit international humanitaire<sup>73</sup>. Même si l'intention avait été de renoncer à toutes les réclamations de ce type contre l'Allemagne, ajoutait l'Italie, la disposition aurait été illicite, car elle absoudrait l'Allemagne de tous les crimes de guerre commis, ce que n'autorise pas le régime des conventions de Genève<sup>74</sup>.

65. Evoquant plus précisément le droit à réparation des internés militaires italiens, l'Italie a souligné le traitement paradoxal qui leur a été réservé: ils avaient été exclus du système de réparation mis en place avec la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» parce qu'ils étaient des prisonniers de guerre, alors même que l'Allemagne nazie les avait privés de ce statut pour les utiliser comme travailleurs forcés<sup>75</sup>. L'Italie ajoutait que les réclamations des victimes de massacres ne pouvaient être considérées comme ayant fait l'objet d'une renonciation parce qu'à l'époque de la prétendue renonciation (soit dans le cadre du traité de paix de 1947, soit dans le cadre des accords de 1961) les crimes en question n'avaient pas encore été établis; de plus, reconnaître une telle renonciation aboutirait à la situation absurde dans laquelle les auteurs de ces crimes seraient responsables pénalement mais pas civilement. Une telle solution irait également à l'encontre de l'évolution récente du droit pénal international, qui atteste que la responsabilité pénale et la responsabilité civile pour crime de guerre vont de pair<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> CR 2011/20, p. 23-26, par. 17-24. De plus, il comprenait une renonciation par l'Italie à toutes les réclamations contre l'Allemagne, à titre de sanction pour sa participation à l'Axe; *ibid.*, p. 26-27, par. 23-25. Et les deux accords bilatéraux de 1961 ont été un geste en direction de l'Italie qui visait à améliorer encore les relations entre les deux Etats, tandis que la clause de renonciation demeurait pleinement en vigueur; *ibid.*, p. 29-30, par. 32.

<sup>73</sup> CR 2011/21, p. 24, par. 29, et CR 2011/18, p. 26-27, par. 4-8.

<sup>74</sup> Voir CR 2011/18, p. 31-32, par. 18-23; voir aussi p. 20-21, par. 11-13, et p. 22-23, par. 14. L'Italie soutient que les affaires de réparation qui sont en cause ne concernent pas les victimes des persécutions nazies, qui ont déjà bénéficié de réparations; CR 2011/21, p. 25, par. 33. Il est question ici des victimes telles que les internés militaires, qui n'ont pas reçu de réparations.

<sup>75</sup> CR 2011/18, p. 33, par. 28.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 34, par. 29-30. De plus, l'Italie relève que, comme l'a admis l'Allemagne, ces réparations accordées *ex gratia* n'étaient que partielles; CR 2011/21, p. 25-26, par. 34-35. L'Italie soutient qu'un nombre important de citoyens italiens ont droit à réparation et n'en ont encore reçu aucune. L'Italie fait valoir que les juridictions italiennes étaient ainsi la seule voie de recours de ces victimes, et qu'elles n'auraient pas refusé d'accorder l'immunité à l'Allemagne si le Gouvernement allemand avait accepté de prendre des mesures pour accorder à ces victimes les réparations auxquelles elles avaient droit; CR 2011/18, p. 13-14, par. 11.

66. Greece, for its part, contended that Greek courts have accepted the existence of an individual right to reparation for grave violations of international humanitarian law, based on Article 3 of the 1907 Hague Convention (IV)<sup>77</sup>, Article 91 of the 1977 Additional Protocol I<sup>78</sup>, Rule 150 of the ICRC International Humanitarian Law Codification<sup>79</sup> (of customary international law, cf. *supra*), Article 33 (2) of the ILC Articles on State Responsibility<sup>80</sup>, and international practice. This is a point which was particularly stressed by Greece (cf. para. 147, *infra*), and which is deserving of close attention.

67. In effect, at an earlier stage of the proceedings in this case, I deemed it fit to address this point, in my dissenting opinion in the Court's Order (which dismissed the Italian counter-claim) of 6 July 2010. Article 3 of the 1907 Hague Convention (IV) determines that a belligerent State party that violates the provisions of the Regulations annexed thereto is responsible for all acts committed by members of its armed forces, and "liable to pay compensation". The *travaux préparatoires* of this provision (originated in a proposal by the German delegate) supported the view that the indemnization was due to the individual persons who were victims of the aforementioned violations<sup>81</sup>.

68. Seven decades later, this provision was updated by Article 91 of Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law. There was no controversy nor dissent (neither in 1907 nor in 1977) as to the recognition of State responsibility for breaches of the 1907 Regulations and the ensuing duty of the State concerned to provide indemnization to the individual victims<sup>82</sup>. To this effect, in my aforementioned dissenting opinion in the Court's Order of 6 July 2010, I pondered that:

"In the days of the historical Second Peace Conference, held here in The Hague, the participating States decided to set forth a general obligation, incumbent on *all* parties to an armed conflict, to make reparations (not only on the part of the defeated States in favour of the victorious powers, as was the case in previous State practice). This was done *on the basis of a German proposal*, which resulted in Article 3 of the Fourth Hague Convention<sup>83</sup>, and is the first provision dealing

<sup>77</sup> CR 2011/19, p. 17, para. 28.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 32, para. 77.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 32, para. 78.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 34, para. 85.

<sup>81</sup> F. Kalshoven, "Article 3 of the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at The Hague, 18 October 1907", *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation* (eds. H. Fujita, I. Suzuki and K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publishing, 1999, pp. 34-36.

<sup>82</sup> This — it has been argued — reflected "established customary law"; *ibid.*, pp. 36-37.

<sup>83</sup> Article 3 states: "A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations [Regulations respecting the laws and customs of war on land, annexed to

66. La Grèce, pour sa part, affirmait que les tribunaux grecs avaient accepté l'existence d'un droit individuel à réparation pour les violations graves du droit international humanitaire, sur le fondement de l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907<sup>77</sup>, de l'article 91 du protocole additionnel I de 1977<sup>78</sup>, de la règle 150 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire<sup>79</sup> (le droit international coutumier, voir *supra*), du paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat<sup>80</sup> et de la pratique internationale. C'est un point sur lequel la Grèce a particulièrement insisté (voir par. 147 *infra*) et qui mérite qu'on l'étudie de près.

67. En effet, à un stade antérieur de la présente instance, j'ai jugé bon de me pencher sur ce point dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour (qui a rejeté la demande reconventionnelle italienne) du 6 juillet 2010. L'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 dispose qu'un Etat belligérant qui violerait les dispositions du règlement annexé à la convention sera responsable de tous les actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées et «sera tenu à indemnité». Les travaux préparatoires de cette disposition (qui a son origine dans une proposition du représentant de l'Allemagne) étaient l'idée que l'indemnisation était due aux victimes individuelles des violations susmentionnées<sup>81</sup>.

68. Soixante-dix ans plus tard, cette disposition a été actualisée par l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire. Il n'y a eu ni controverse ni contestation (que ce soit en 1907 ou en 1977) s'agissant de reconnaître la responsabilité de l'Etat à raison des violations du règlement de 1907 et de l'obligation en découlant pour l'Etat concerné d'indemniser les victimes individuelles<sup>82</sup>. Dans le même ordre d'idées, dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010, je faisais l'observation suivante :

«A l'époque de la deuxième conférence de la paix historique, tenue ici, à La Haye, les Etats participants décidèrent d'instituer une obligation générale d'accorder des réparations, incombant à *toutes* les parties à un conflit armé (et non seulement aux Etats vaincus en faveur des puissances victorieuses, comme dans le cadre de la pratique étatique antérieure). Cette idée fut réalisée *sur la base d'une proposition allemande* qui aboutit à l'article 3 de la convention IV de La Haye<sup>83</sup>,

<sup>77</sup> CR 2011/19, p. 17, par. 28.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 32, par. 77.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 32, par. 78.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 34, par. 85.

<sup>81</sup> F. Kalshoven, «Article 3 of the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at The Hague, 18 October 1907», *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation* (dir. publ., H. Fujita, I. Suzuki et K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publishing, 1999, p. 34-36.

<sup>82</sup> Cela, a-t-on fait valoir, reflétait le «droit coutumier et établi»; *ibid.*, p. 36-37.

<sup>83</sup> Aux termes de l'article 3: «La partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement [règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la

specifically with a *reparation* regime for violations of international humanitarian law<sup>84</sup>. Thanks to the reassuring German proposal, Article 3 of the Fourth Hague Convention of 1907 clarified that it was intended *to confer rights directly upon individuals*<sup>85</sup>, *human beings*, rather than States.

This legacy of the Second Hague Peace Conference of 1907 projects itself to our days<sup>86</sup>. The time projection of the suffering of those subjected to deportation and sent to forced labour in the Second World War (period 1943-1945) has been pointed out in expert writing, also in relation to the prolonged endeavours of the victims to obtain reparation. (. . .) Not only had those victims to endure inhuman and degrading treatment, but later crossed the final limit of their ungrateful lives living with impunity, without reparation and amidst manifest injustice. The time of human justice is definitively not the time of human beings.” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Counter-Claim, Order of 6 July 2010 (I)*, pp. 374-375, paras. 116-118).

#### IX. THE INADMISSIBILITY OF INTER-STATE WAIVER OF THE RIGHTS OF THE INDIVIDUALS, VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF INTERNATIONAL LAW

69. The relevance of the individual right of access to justice is thus beyond question. In case of those grave breaches, the individual victims can thus invoke the responsibility of the State concerned on their own

---

the IV Hague Convention] shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

<sup>84</sup> This Article of the Fourth Hague Convention of 1907 came to be regarded as being also customary international law, and it was reiterated in Article 91 of the I Additional Protocol (of 1977) to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law. Article 91 (Responsibility) of the I Protocol states: “A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.”

<sup>85</sup> Cf., to this effect, Eric David, “The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 respecting the Laws and Customs of War on Land”, *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation*, *op. cit. supra* note 81, pp. 50-53; and cf. also, e.g., F. Kalshoven, “State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces”, 40 *International and Comparative Law Quarterly* (1991), pp. 831-833; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2006, p. 400.

<sup>86</sup> For a general reassessment of that 1907 Conference on the occasion of its centennial commemoration in 2007, cf. : [Various Authors], *Actualité de la conférence de La Haye de 1907, deuxième conférence de la paix / Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (ed. Yves Daudet), Leiden, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2008, pp. 3-302.

la première disposition prévoyant expressément un régime de *réparation* à raison de violations du droit international humanitaire<sup>84</sup>. Grâce à la proposition rassurante de l'Allemagne, l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 indiquait clairement qu'il entendait *conférer des droits directement aux individus*<sup>85</sup>, *aux êtres humains*, plutôt qu'aux États.

Cet héritage de la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907 conserve son empreinte jusqu'à nos jours<sup>86</sup>. Le prolongement temporel des souffrances de ceux qui furent déportés et astreints au travail forcé au cours de la seconde guerre mondiale (pendant la période allant de 1943 à 1945) a été souligné en doctrine, également en ce qui concerne les longs efforts des victimes en vue d'obtenir réparation... 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.» (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010 (I)*, p. 374-375, par. 116-118.)

#### IX. LES ÉTATS NE PEUVENT, DANS LE CADRE DE LEURS RELATIONS, RENONCER À DES DROITS APPARTENANT À DES INDIVIDUS VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DU DROIT INTERNATIONAL

69. La pertinence du droit individuel d'accès à la justice ne saurait donc être remise en cause. Dans le cas de ces violations graves, les victimes peuvent ainsi invoquer la responsabilité de l'État concerné de leur propre initiative et

---

convention IV de La Haye] sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.»

<sup>84</sup> Cet article de la convention IV de La Haye de 1907 finit par être considéré comme relevant également du droit international coutumier et fut repris à l'article 91 du protocole additionnel I (de 1977) aux conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire. Aux termes de l'article 91 (« Responsabilité ») du protocole I : « La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées. »

<sup>85</sup> Voir 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*, op. cit. supra note 81, p. 50-53 ; voir aussi, par exemple, F. Kalshoven, « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), p. 831-833 ; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2006, p. 400.

<sup>86</sup> Pour un réexamen général de cette conférence de 1907 à l'occasion de la commémoration de son centenaire en 2007, voir [divers auteurs], *Actualité de la conférence de La Haye de 1907, deuxième conférence de la paix/Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (dir. publ., Yves Dautet), Leyde, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2008, p. 3-302.

initiative, and without the intermediation of any State; they can do so as subjects of the law of nations, and in conformity with the rule of law — as nowadays reckoned by the United Nations — at national and international levels. The traditional theory of the “act of State” cannot at all be relied upon, in face of grave breaches of human rights and of international humanitarian law by the State concerned.

70. In such circumstances, it is the individual victim’s right of access to justice, to seek reparation, that prevails. In sum, Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907 and Article 91 of Additional Protocol I of 1977 confer the right to reparation at international level to victims of those grave breaches. And the responsible States are bound to provide them such reparation. A vast practice to this effect has developed in recent years, in the domain of the *corpus juris* of the international law of human rights, marking — being one of the multiple aspects of — the emancipation of the individuals from their own State, in the vindication of the rights inherent to them<sup>87</sup>.

71. Also in my dissenting opinion in the Court’s Order of 6 July 2010 in the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State*, I furthermore set forth the foundations of my position that a State can waive only claims on its own behalf, but not claims on behalf of human beings pertaining to their own rights, as victims of grave violations of international law. The rights of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law subsist, their vindication cannot be waived by their States, or by States *inter se*, on their behalf (paras. 114-115). Any purported waiver to that effect would be deprived of any juridical effects (paras. 151 and 153). And I added, in that same dissenting opinion, that:

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

<sup>87</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, “The Emancipation of the Individual from His Own State — The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law — Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zurich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; R. P. Mazzechi, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003), pp. 343 and 345-347; M. Frulli, “When Are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case”, *ibid.*, pp. 424 and 427.

sans passer par l'intermédiaire d'un Etat; elles peuvent le faire en tant que sujets du droit des nations et conformément à l'état de droit — tel qu'il est aujourd'hui reconnu par l'Organisation des Nations Unies — aux niveaux national et international. La théorie classique de l'«act of State» ne peut absolument pas être invoquée face à des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire par l'Etat concerné.

70. Dans de telles circonstances, c'est le droit de la victime d'accéder à la justice pour demander réparation qui prévaut. En résumé, l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 et l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 confèrent aux victimes de ces violations graves un droit de réparation au niveau international. Et les Etats responsables sont tenus de leur accorder cette réparation. Une vaste pratique s'est fait jour en ce sens ces dernières années dans le domaine du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, qui dénote l'émancipation des individus de la tutelle de leur Etat de nationalité dans la défense des droits qui leur sont inhérents, et est l'un des multiples aspects de cette émancipation<sup>87</sup>.

71. Dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, j'exposais en outre les fondements de ma position selon laquelle un Etat ne peut renoncer qu'aux revendications formulées en son propre nom, et non aux revendications formulées au nom d'êtres humains et concernant des droits propres à ceux-ci en tant que victimes de violations graves du droit international. Les droits des victimes de violations graves du droit international et du droit international humanitaire subsistent et leurs Etats de nationalité ne sauraient y renoncer en leur nom ni *inter se* (par. 114-115). Une renonciation de ce type serait privée de tout effet juridique (par. 151 et 153). Et j'ajoutais, dans la même opinion dissidente :

«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

<sup>87</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, «The Emancipation of the Individual from His Own State — The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations», *Human Rights, Democracy and the Rule of Law — Liber Amicorum L. Wildhaber* (dir. publ., S. Breitenmoser *et al.*), Zurich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, p. 151-171; R. P. Mazzechi, «Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), p. 343 et 345-347; M. Frulli, «When Are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case?», *ibid.*, p. 424 et 427.

to settle all claims by means of peace treaties with their counterpart State(s).

Already in the times of the Third Reich, and before them, this impossibility was deeply-engraved in human conscience, in the *universal juridical conscience*, which is, in my understanding, the ultimate *material* source of all law. To hold that enforced labour was not prohibited at the time of the German Third Reich would not stand (. . .), not even on the basis on the old positivist dogmas. It does not stand at all, neither in times of armed conflict, nor in times of peace. The gradual restrictions leading to its prohibition, so as to avoid and condemn abuses of the past against the human person, became manifest not only in the domain of international humanitarian law, but also in that of the regulation of labour relations (proper of the international Conventions of the International Labour Organization — ILO). In my own perception, even before all those instruments (. . .), enslavement and forced labour were proscribed by human conscience, as the gross abuses of the past weighed too heavily on this latter.” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 377-378, paras. 124-125.)

72. Here, once again, one ought to go beyond the strict inter-State level. Still in my earlier dissenting opinion in the Court’s Order of 6 July 2010 (counter-claim) in the present case, I further pointed out that my own conception of international law, quite distinct from that of the Court’s majority,

“goes well beyond the strict inter-State outlook, so as to reach the ultimate bearers (*titulaires*) of rights, the human beings, confronted with waiver of their claims of reparation of serious breaches of their rights by States supposed to protect, rather than to oppress, them.

States may, if they so wish, waive claims as to *their own* rights. But they cannot waive claims for reparation of serious breaches of rights that *are not* theirs, rights that are inherent to the human person. Any purported waiver to this effect runs against the international *ordre public*, is in breach of *jus cogens*. This broader outlook, in a higher scale of *values*, is in line with the vision of the so-called ‘founding fathers’ of the law of nations (the *droit des gens*, the *jus gentium*), and with what I regard as the most lucid trend of contemporary international legal thinking.

One cannot build (and try to maintain) an international legal order over the suffering of human beings, over the silence of the innocent destined to oblivion. At the time of mass deportation of civilians, sent to forced labour during the *two* World Wars (in 1916-1918 and in 1943-1945) of the twentieth century (and not only the Second World War), everyone already knew that that was a *wrongful* act, an atrocity, a serious violation of human rights and of international humanitarian

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).

A l'époque du III<sup>e</sup> Reich, comme avant celle-ci, cette impossibilité était déjà profondément ancrée dans la conscience humaine, dans la *conscience juridique universelle* qui représente à mon avis la source *matérielle* ultime de tout le droit. Déclarer que le travail forcé n'était pas interdit à l'époque du III<sup>e</sup> Reich allemand ne serait pas tenable ..., 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 réglementation 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 ..., l'esclavage et le travail forcé étaient proscrits par la conscience humaine, qui était trop marquée par le poids des abus flagrants du passé.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 377-378, par. 124-125.)

72. Il faut ici, une fois encore, dépasser la stricte perspective interétatique. Toujours dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle), je faisais observer que ma propre conception du droit international, tout à fait distincte de celle de la majorité des membres de la Cour,

«[allait] 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 Etats censés les protéger, et non les opprimer.

Les Etats 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.

On ne saurait bâtir (et tenter de maintenir) un ordre juridique international sur la souffrance d'êtres humains, sur le silence des innocents voués à l'oubli. A l'époque où des civils furent déportés en masse et furent envoyés au travail forcé au cours des *deux* guerres mondiales (en 1916-1918 et en 1943-1945) du XX<sup>e</sup> siècle (et non pas uniquement pendant la seconde guerre mondiale), nul n'ignorait qu'il s'agissait là d'un acte *illicite*, d'une atrocité, d'une violation grave des

law, which came to be reckoned as amounting also to a war crime and a crime against humanity. Above the will stands conscience, which is, after all, what moves the law ahead, as its ultimate *material* source, removing manifest injustice.” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 396-397, paras. 177-179.)

#### X. POSITIONS OF THE CONTENDING PARTIES AS TO THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE

73. Germany and Italy understand the right to access to justice in fundamentally different ways. Both agree that access to justice is a fundamental right with two (complementary) components, namely, the right to an effective remedy and the right to a fair trial<sup>88</sup>, but they disagree as to its scope and the consequences of its exercise in the case at issue. Germany argues that the right of access to justice entails an obligation the extent of which is limited to the guarantee of unimpeded and non-discriminatory access to nationals and aliens alike to effective remedies and to a fair trial<sup>89</sup>, whereas Italy understands the right as entailing an obligation of satisfaction of the complaining party; it expands the right of access to justice to the outcome of the case and it argues that an aggrieved party<sup>90</sup> that has no other avenue ought to be allowed to seek an effective remedy before its national courts, even against a foreign State, and that in such case immunity has to be lifted in order to avoid a denial of justice<sup>91</sup>.

74. Germany construes the right of access to justice very narrowly and argues that it is limited to the access to the judicial system of the *forum* State without discrimination and with full procedural rights. In this sense, Italian citizens have had full access to judicial remedies under German law, up to the Federal Constitutional Court<sup>92</sup>; while Greek citizens had exactly the same opportunity<sup>93</sup>. Furthermore, Germany distinguishes the access to justice and the right to an effective remedy from the question whether a “plaintiff has a genuine legal claim which he/she can assert”<sup>94</sup>.

75. According to Germany, there is no individual right to reparation arising out of war crimes and other violations of international humanitarian law and consequently no (corollary) right of action. Similarly, the Peace Treaty of 1947 and the Agreement of 1961 provide for an inter-State reparation regime for injuries to Italian nationals due to the war

<sup>88</sup> CR 2011/17, p. 43, para. 24; Counter-Memorial of Italy, para. 4.88.

<sup>89</sup> Reply of Germany, p. 19, para. 34; CR 2011/17, p. 45, paras. 28-29.

<sup>90</sup> CR 2011/18, p. 62, para. 27.

<sup>91</sup> Counter-Memorial of Italy, p. 80, para. 4.103.

<sup>92</sup> Reply of Germany, p. 19, para. 34.

<sup>93</sup> CR 2011/17, p. 45, para. 30.

<sup>94</sup> Reply of Germany, p. 20, para. 34.

droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui finit par être reconnue 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.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 396-397, par. 177-179.)

#### X. POSITIONS DES PARTIES QUANT AU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE

73. L'Allemagne et l'Italie entendent le droit d'accès à la justice de manières fondamentalement différentes. Toutes deux conviennent que l'accès à la justice est un droit fondamental comprenant deux éléments (complémentaires), à savoir le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable<sup>88</sup>, mais elles ne sont pas d'accord quant à sa portée et aux conséquences de son exercice en l'espèce. L'Allemagne fait valoir que le droit d'accès à la justice implique une obligation qui se limite à garantir de la même manière aux nationaux et aux étrangers un accès sans entrave et non discriminatoire à des recours effectifs et à un procès équitable<sup>89</sup>, alors que l'Italie interprète ce droit comme impliquant une obligation de satisfaction à l'égard de la partie demanderesse; elle élargit le droit d'accès à la justice aux résultats de l'instance et elle fait valoir qu'une partie lésée<sup>90</sup> qui n'a aucune autre voie de recours doit être autorisée à demander une réparation effective devant ses tribunaux nationaux, même à l'encontre d'un Etat étranger, et que dans un tel cas, pour éviter un déni de justice, l'immunité doit être refusée<sup>91</sup>.

74. L'Allemagne interprète le droit d'accès à la justice très étroitement et fait valoir qu'il se limite à l'accès au système judiciaire de l'Etat du for sans discrimination et avec tous les droits procéduraux. En ce sens, les citoyens italiens ont eu pleinement accès aux diverses voies de recours que leur ouvrait la loi allemande, ce jusqu'à la Cour constitutionnelle fédérale<sup>92</sup>; et les citoyens grecs ont eu exactement la même possibilité<sup>93</sup>. De plus, l'Allemagne distingue l'accès à la justice et le droit à un recours effectif de la question de savoir si le « plaignant est ou non juridiquement fondé à présenter une réclamation »<sup>94</sup>.

75. Selon l'Allemagne, il n'existe pas de droit individuel à réparation à raison des crimes de guerre et autres violations du droit international humanitaire et, en conséquence, pas de droit d'agir (correspondant). De même, le traité de paix de 1947 et l'accord de 1961 constituent un régime interétatique de réparation des dommages causés à des Italiens par la guerre qui ne sau-

<sup>88</sup> CR 2011/17, p. 43, par. 24; contre-mémoire de l'Italie, par. 4.88.

<sup>89</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 19, par. 34; CR 2011/17, p. 45, par. 28-29.

<sup>90</sup> CR 2011/18, p. 62, par. 27.

<sup>91</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 80, par. 4.103.

<sup>92</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 19, par. 34.

<sup>93</sup> CR 2011/17, p. 45, par. 30.

<sup>94</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 20, par. 34.

and that cannot be changed retroactively<sup>95</sup>. In addition, Germany argues that the common interpretation of Article 3 of the 1907 Hague Convention and the 1949 Geneva Conventions is in the sense that they do not create an individual right to compensation<sup>96</sup>. It also notes that more recent developments, such as the UN General Assembly resolution 60/147 (2005) or the draft ILA Report (2010) on reparation of victims of armed conflict that refer to such an individual right are not based on an existing customary or conventional rule of international law but rather propose the introduction of new rules<sup>97</sup>. Thus, the decisions of German courts in these cases are not a denial of justice but a recognition that the Italian nationals do not have the substantive rights they claim.

76. Even if such a right of action and to reparation were to be recognized, Germany argues that it has not violated it. Full access to all levels of the German judicial system was granted to all claimants and there has been no accusation of a violation of the procedural rights of Italian or Greek citizens; nor was there any discrimination against them due to their nationality<sup>98</sup>. Germany at last argues that if the right of access to justice were to be interpreted as allowing an individual who has not been successful in his/her claims before the Courts of the State (that allegedly violated his/her rights) to sue such State before Courts of a foreign State (and maybe before Courts of more than one State successively or simultaneously), then a serious case of “forum shopping” could emerge<sup>99</sup>.

77. For its part, and quite distinctly, Italy argues that an individual right to reparation and a parallel cause of action for war damages exist. In its view, the origin of this right lies in the post-Second World War arrangements of the Treaty of Versailles (Art. 304) and the creation of the Mixed Arbitral Tribunals; it recognizes, however, that this path was not followed after the Second World War<sup>100</sup>. Nevertheless, it argues that, with the exception of the existence of an alternative international procedure, access to domestic remedies cannot be barred<sup>101</sup>. In fact, Italian courts have allowed lawsuits against Italy, despite the Peace Treaty and the inter-State mechanism for compensation it provides for<sup>102</sup>. Italy goes further and presents the right to access to justice as understood by the different regional and global systems for the protection of human rights, and, based on a decision of the IACtHR (case *Goiburú et al.*, cf. Section XVII *infra*), it argues that the right to access to justice is a peremptory right if the substantive right violated is of the same status<sup>103</sup>.

<sup>95</sup> Memorial of Germany, p. 12, para. 12.

<sup>96</sup> Reply of Germany, p. 23, para. 39.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 24-25, paras. 40-42.

<sup>98</sup> CR 2011/17, pp. 45-46, paras. 29-30.

<sup>99</sup> *Ibid.*, pp. 46-48, paras. 33-39.

<sup>100</sup> Counter-Memorial of Italy, p. 74, paras. 4.90-4.91.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 75, para. 4.92.

<sup>102</sup> *Ibid.*, pp. 74-75, para. 4.91.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 76, paras. 4.93-4.94.

rait être remis en cause rétroactivement<sup>95</sup>. De plus, l'Allemagne fait valoir que l'on interprète l'article 3 commun de la convention de La Haye de 1907 et des conventions de Genève de 1949 comme ne créant pas de droit individuel à indemnisation<sup>96</sup>. Elle souligne aussi que les textes plus récents, comme la résolution 60/147 (2005) de l'Assemblée générale des Nations Unies et le projet de l'ADI sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé, qui prévoient un tel droit individuel, ne sont pas fondés sur une règle coutumière ou conventionnelle existante du droit international mais visent à introduire des règles nouvelles<sup>97</sup>. Ainsi, les décisions des tribunaux allemands dans ces affaires ne constituent pas un déni de justice mais ne font que constater que les nationaux italiens n'ont pas les droits substantiels qu'ils revendiquent.

76. L'Allemagne argue de plus que, même si un tel droit d'action et à réparation devait être reconnu, elle ne l'a pas violé. L'accès intégral à tous les niveaux de l'appareil judiciaire allemand a été accordé à tous les plaignants, et l'Allemagne n'a jamais été accusée d'avoir violé les droits procéduraux de citoyens italiens ou grecs ; aucune discrimination n'a non plus été exercée à leur encontre en raison de leur nationalité<sup>98</sup>. L'Allemagne argue enfin que, si le droit d'accès à la justice devait être interprété comme permettant à un individu qui n'a pas obtenu satisfaction devant les tribunaux de l'Etat (dont il allègue qu'il a violé ses droits) d'intenter une action contre cet Etat devant les tribunaux d'un Etat étranger (voire devant les tribunaux de plus d'un Etat, successivement ou simultanément), rien n'empêcherait alors une quête incessante de la juridiction la plus avantageuse<sup>99</sup>.

77. L'Italie, pour sa part, fait valoir à l'opposé qu'il existe un droit individuel à réparation pour dommages de guerre et un droit d'agir correspondant. Elle estime que ce droit a son origine dans les dispositions adoptées après la première guerre mondiale dans le cadre du traité de Versailles (art. 304) et dans la création de tribunaux arbitraux mixtes ; elle reconnaît toutefois que la même voie n'a pas été suivie après la seconde guerre mondiale<sup>100</sup>. Elle fait néanmoins valoir que, à défaut d'une procédure internationale alternative, l'accès aux voies de recours nationales ne saurait être exclu<sup>101</sup>. En fait, les tribunaux italiens ont accueilli des actions engagées contre l'Italie malgré l'existence du traité de paix et du mécanisme interétatique d'indemnisation prévu par celui-ci<sup>102</sup>. L'Italie va plus loin. Elle présente le droit d'accès à la justice tel qu'il est interprété par les différents systèmes régionaux et mondiaux de protection des droits de l'homme et, se fondant sur une décision de la CIDH en l'affaire *Goiburú et autres* (voir section XVII *infra*), elle affirme que le droit d'accès à la justice est une norme impérative si le droit substantiel qui a été violé a le même caractère<sup>103</sup>.

<sup>95</sup> Mémoire de l'Allemagne, p. 12, par. 12.

<sup>96</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 23, par. 39.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 24-25, par. 40-42.

<sup>98</sup> CR 2011/17, p. 45-46, par. 29-30.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 46-48, par. 33-39.

<sup>100</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 74, par. 4.90-4.91.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 75, par. 4.92.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 74-75, par. 4.91.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 76, par. 4.93-4.94.

78. In addition, Italy argues that access to justice entails protection against denial of justice, which can be understood as “refusal to grant someone that which he is owed”<sup>104</sup>. Thus, when Italian citizens, such as Mr. Ferrini and others before and after him, were not successful before German courts and administrative authorities<sup>105</sup> they filed lawsuits against Germany before the Italian courts, as their only available legal avenue<sup>106</sup>. Furthermore, the lifting of the immunity of the German State before the Italian courts in such cases, where the victims are deprived of any other means of redress, is necessary for the effective exercise of their right of access to justice<sup>107</sup>.

79. These are the basic and opposing positions, sustained by Germany and Italy, on the right of access to justice. Before embarking on an assessment of them by dwelling further upon the matter (cf. Section XII *infra*), I deem it appropriate, next, to review their further clarifications of their arguments, in response to questions which I deemed it fit to pose to both of them, as well as to Greece as intervenor, in the course of the oral hearings before the Court. Once such clarifications are reviewed, I shall then proceed to the examination of the remaining aspects of the present case, in logical sequence.

## XI. CLARIFICATIONS FROM THE CONTENDING PARTIES AND FROM GREECE IN RESPONSE TO QUESTIONS FROM THE BENCH

### 1. *Questions Put to the Contending Parties and to Greece*

80. At the end of the oral hearings before the Court, on 16 September 2011, I deemed it fit to put a series of questions to the contending Parties, Germany and Italy, as well as to the intervening State, Greece, in order to seek clarification on the respective submissions they had presented to the Court. The questions I asked, on that occasion, were the following:

“In order to maintain the linguistic balance of the Court, I will put my questions in the other language of the Court. Three questions to Germany and Italy and one to Greece.

My first question to Germany and Italy is the following: In relation to your arguments in these public sittings before the Court and bearing in mind the Settlement Agreements of 1961 between Germany and Italy, what is the precise scope of the waiver clauses contained therein, and of the waiver clause of Article 77 (4) of the Peace Treaty of 1947? Can the issue of reparation be considered as entirely closed today? Or has any of its aspects remained open to date?

<sup>104</sup> CR 2011/18, p. 62, para. 27.

<sup>105</sup> CR 2011/21, p. 48, para. 30; Counter-Memorial of Italy, pp. 19-25, paras. 2.20-2.34.

<sup>106</sup> Counter-Memorial of Italy, p. 29, para. 2.44.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 80, para. 4.103.

78. De plus, l'Italie soutient que l'accès à la justice implique une protection contre le déni de justice, celui-ci étant entendu comme le « refus d'accorder à quelqu'un ce qui lui est dû »<sup>104</sup>. Ainsi, lorsque des citoyens italiens, comme M. Ferrini et d'autres avant et après lui, ont été déboutés devant les juridictions et autorités administratives allemandes<sup>105</sup>, ils ont intenté une action contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes car c'était la seule voie de droit qui leur était ouverte<sup>106</sup>. De plus, le refus de l'immunité à l'Etat allemand par les tribunaux italiens dans de telles affaires, où les victimes sont privées de toute autre voie de recours, est nécessaire pour qu'elles puissent exercer effectivement leur droit d'accès à la justice<sup>107</sup>.

79. Telles sont les positions de base, opposées, défendues par l'Allemagne et l'Italie sur le droit d'accès à la justice. Avant de procéder à leur évaluation en approfondissant la question (voir section XII *infra*), j'estime qu'il échet de passer en revue les éclaircissements qu'elles ont donnés en réponse à des questions que j'ai jugé bon de leur poser, ainsi qu'à la Grèce en tant qu'intervenant, lors de la procédure orale devant la Cour. Après avoir évoqué ces éclaircissements, je passerai à l'examen des autres aspects de la présente affaire suivant la logique.

## XI. ÉCLAIRCISSEMENTS DONNÉS PAR LES PARTIES ET LA GRÈCE EN RÉPONSE AUX QUESTIONS POSÉES PAR LA COUR

### 1. *Questions posées aux Parties et à la Grèce*

80. A la fin de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011, j'ai jugé bon de poser une série de questions aux Parties, l'Allemagne et l'Italie, ainsi qu'à l'Etat intervenant, la Grèce, afin d'obtenir des éclaircissements sur les conclusions qu'elles avaient présentées à la Cour. Les questions que j'ai posées à cette occasion étaient les suivantes :

« Pour garder l'équilibre linguistique de la Cour, je poserai mes questions en anglais. Trois questions à l'Allemagne et à l'Italie et une question à la Grèce.

La première question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante : à la lumière des arguments que vous avez développés pendant ces audiences publiques et au vu des accords de règlement conclus en 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, quelle est la portée exacte des clauses de renonciation contenues dans ceux-ci et de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ? La question des réparations peut-elle être considérée comme totalement close aujourd'hui, ou certains de ses aspects demeurent-ils en suspens ?

<sup>104</sup> CR 2011/18, p. 62, par. 27.

<sup>105</sup> CR 2011/21, p. 48, par. 30; contre-mémoire de l'Italie, p. 19-25, par. 2.20-2.34.

<sup>106</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 29, par. 2.44.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 80, par. 4.103.

My second question to both Germany and Italy is the following: Is the delicts *exceptio* (territorial torts) limited to acts *jure gestionis*? Can it be? Are acts *jure imperii* understood to contain also a delicts *exceptio*? How can war crimes be considered as acts *jure* — I repeat, *jure* — *imperii*?

My third question to both Germany and Italy is the following: Have the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation? If not, are they entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings? Can the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law still be regarded as exhausting itself at inter-State level? Is the right to reparation related to the right of access to justice *lato sensu*? And what is the relationship of such right of access to justice with *jus cogens*?

And, finally, my question to Greece is the following: Within the Greek legal system, what are the legal effects of the Greek Special Supreme Court decision in the *Margellos* case upon the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case? Is the Areios Pagos decision in the *Distomo Massacre* case still pending of execution within and beyond the Greek legal system?"<sup>108</sup>

## 2. First Round of Answers

81. For the sake of clarity, I proceed to revise and summarize the answers provided by Germany, Italy and Greece, to the questions I put to them at the close of the oral hearings before the Court, last 16 September 2011. I shall proceed first, to a review of the answers of Germany and Italy as contending Parties, and then of Greece as the intervening State.

### (a) *Germany's and Italy's answers*

82. In the relation to the *first question* I put to the contending Parties<sup>109</sup>, Germany submitted that the Court's Order of 6 July 2010 (in particular paras. 27-28) determines the relevance of the 1947 Peace Treaty and of the two 1961 Agreements for the current proceedings. Germany reiterated its position that the question whether reparations related to the Second World War are still due is not the subject of the present proceed-

<sup>108</sup> CR 2011/21, public sitting of 16 September 2011, pp. 53-54.

<sup>109</sup> Namely:

"In relation to your arguments in these public sittings before the Court and bearing in mind the Settlement Agreements of 1961 between Germany and Italy, what is the precise scope of the waiver clauses contained therein, and of the waiver clause of Article 77 (4) of the Peace Treaty of 1947? Can the issue of reparation be considered as entirely closed today? Or has any of its aspects remained open to date?"

La deuxième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante: l'exception délictuelle (applicable aux actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for) est-elle limitée aux actes *jure gestionis*? Peut-elle l'être? Les actes *jure imperii* connaissent-ils également une telle exception? Comment les crimes de guerre peuvent-ils être considérés comme des actes *jure* — je répète, *jure* — *imperii*?

La troisième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante: les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement ont-elles effectivement été indemnisées? Si tel n'est pas le cas, ont-elles droit à une telle réparation et comment peuvent-elles être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne? Peut-on encore considérer que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique? Le droit à réparation est-il lié au droit à l'accès à la justice *lato sensu*? Et quelle est la relation entre ce droit à l'accès à la justice et le *jus cogens*?

Et, enfin, la question que j'adresse à la Grèce est la suivante: dans l'ordre juridique grec, quels sont les effets juridiques de la décision du Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos* sur la décision de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo*? Cet arrêt de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo* est-il toujours en attente d'exécution dans l'ordre juridique grec et au-delà?»<sup>108</sup>

## 2. Première série de réponses

81. Pour la clarté, je vais résumer les réponses données par l'Allemagne, l'Italie et la Grèce aux questions que je leur ai posées à la fin de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011. Je commencerai par passer en revue les réponses de l'Allemagne et de l'Italie, les Parties, puis celles de la Grèce, l'Etat intervenant.

### a) Réponses de l'Allemagne et de l'Italie

82. En ce qui concerne la *première question* que j'ai posée aux Parties<sup>109</sup>, l'Allemagne a répondu que l'ordonnance que la Cour a rendue le 6 juillet 2010 détermine la pertinence du traité de paix de 1947 et des deux accords de 1961 aux fins de l'instance en cours. L'Allemagne a rappelé sa position selon laquelle la question de savoir si les réparations liées à la seconde guerre mondiale étaient toujours dues n'était pas l'objet de la pré-

<sup>108</sup> CR 2011/21, audience publique du 16 septembre 2011, p. 53-54.

<sup>109</sup> A savoir:

«A la lumière des arguments que vous avez développés pendant ces audiences publiques et au vu des accords de règlement conclus en 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, quelle est la portée exacte des clauses de renonciation contenues dans ceux-ci et de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947? La question des réparations peut-elle être considérée comme totalement close aujourd'hui, ou certains de ses aspects demeurent-ils en suspens?»

ings. Italy retorted that the two 1961 Agreements were the result of a process which demonstrated that there were differences of opinion between the Parties as to the scope of the waiver clause of the 1947 Peace Treaty, and that Germany had to take some measures to address them. Italy thus argued that the Agreements were, on the one hand, a measure of reparation for some pending economic questions (the “Settlement Agreement”) and, on the other, an indemnification for victims of persecution (the “Indemnity Agreement”).

83. Italy contended that the Settlement Agreement represents conclusive evidence that Italy never accepted Germany’s interpretation of the waiver clause and the Indemnity Agreement focused on a specific category of victims targeted on the basis of specific discriminatory grounds. In this regard, Italy submits that the 1961 Agreements only cover pending economic questions and reparations to victims of persecutions. While these Agreements contain waiver clauses — it added — these “merely referred to the subject-matter of the Agreement and were not (and could not have been) so expansive as to cover, in addition, war crimes reparation claims”. As to the waiver clause of Article 77 (4) of the 1947 Peace Treaty, Italy reiterated its position that this clause does not cover claims of compensation arising out of grave breaches of international humanitarian law.

84. With regard to the *second question* I posed to the contending Parties<sup>110</sup>, Germany submitted that the delicts *exceptio* does not apply to military activities and that the cases subject to the proceedings before the Court concern acts having occurred during an armed conflict. It further contended that the qualification of an act of a State is based on the nature of the act and is independent of the legality of such act. In this sense, Germany argued that sovereign acts may also involve serious breaches of international law and that international law counts on substantive rules on State responsibility and international criminal responsibility that do not repeal or derogate from State immunity.

85. For its part, Italy argued that the issue of reparations is not closed, as there are several categories of victims that have never been taken into account for the purpose of awarding reparations, including those categories referred to in the cases underlying the present dispute. Italy submitted that the delicts *exceptio* applies to both acts *jure gestionis* and *jure imperii*<sup>111</sup>, and added that there is no *obligation* to accord immunity for acts

<sup>110</sup> Namely:

“Is the delicts *exceptio* (territorial torts) limited to acts *jure gestionis*? Can it be? Are acts *jure imperii* understood to contain also a delicts *exceptio*? How can war crimes be considered as acts *jure* — I repeat, *jure* — *imperii*?”

<sup>111</sup> And argues that its view is confirmed by the practice of States, the ILC’s commentary on the draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Article 11 of the European Convention on Jurisdictional Immunity, and the relevant legal literature.

sente instance. L'Italie a répondu que les deux accords de 1961 étaient le résultat d'un processus qui témoignait de divergences d'opinions entre les Parties quant à la portée de la clause de renonciation figurant dans le traité de paix de 1947, et que l'Allemagne devait prendre des mesures pour remédier à ces divergences. L'Italie a fait ainsi valoir que les accords constituaient une mesure de réparation visant, d'une part, à régler les questions économiques en suspens (l'accord de «règlement») et, d'autre part, à indemniser les victimes de persécutions (l'accord d'«indemnisation»).

83. L'Italie a affirmé que l'accord de règlement prouvait de manière concluante qu'elle n'avait jamais accepté l'interprétation que l'Allemagne faisait de la clause de renonciation, et que l'accord d'indemnisation portait sur une catégorie spécifique de victimes, visées sur la base de motifs discriminatoires spécifiques. A cet égard, l'Italie considère que les accords de 1961 ne couvrent que les questions économiques en suspens et les réparations aux victimes de persécutions. Si ces accords contiennent des clauses de renonciation, ajoutait-elle, ces clauses «concernaient uniquement l'objet de l'accord et n'étaient pas (et n'auraient pu être) d'une portée telle qu'elles couvraient, en plus de cet objet, les demandes de réparation à raison de crimes de guerre». Quant à la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, l'Italie a réitéré sa position, à savoir que cette clause ne s'appliquait pas aux demandes d'indemnisation nées de violations graves du droit international humanitaire.

84. Pour ce qui est de la *deuxième question* que j'ai posée aux Parties<sup>110</sup>, l'Allemagne a répondu que l'exception délictuelle ne s'appliquait pas aux activités militaires et que les affaires en cause dans l'instance devant la Cour concernaient des actes qui s'étaient produits durant un conflit armé. Elle ajoutait que la qualification de l'acte d'un Etat dépendait de la nature de cet acte et était sans rapport avec sa licéité. Elle faisait valoir que, en ce sens, les violations graves du droit international pouvaient aussi entrer dans la catégorie des actes souverains et que le droit international énonçait des règles substantielles sur la responsabilité de l'Etat et la responsabilité pénale internationale qui ne remettaient pas en cause l'immunité ni n'y dérogeaient.

85. Pour sa part, l'Italie a répondu que la question des réparations n'était pas close, car plusieurs catégories de victimes n'avaient jamais été prises en compte dans le cadre des réparations, y compris les victimes italiennes appartenant aux catégories évoquées dans les affaires à l'origine du présent différend. L'Italie affirmait que l'exception délictuelle s'appliquait à la fois aux actes *jure gestionis* et aux actes *jure imperii*<sup>111</sup>. Elle ajoutait qu'il

<sup>110</sup> A savoir:

«L'exception délictuelle (applicable aux actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for) est-elle limitée aux actes *jure gestionis*? Peut-elle l'être? Les actes *jure imperii* connaissent-ils également une telle exception? Comment les crimes de guerre peuvent-ils être considérés comme des actes *jure* — je répète, *jure* — *imperii*?»

<sup>111</sup> Elle faisait valoir que son opinion était confirmée par la pratique des Etats, le commentaire de la CDI sur le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats et la doctrine en la matière.

*jure imperii* in cases in which the delicts *exceptio* applies. Italy further submitted that

“[t]here is nothing inherent in the notion of acts *jure imperii* which dictates the conclusion that the tort exception does not cover this category of acts. The justification of this exception to immunity is based on the assertion of local control or jurisdiction over torts committed within the territory of the forum State”.

Italy thus contended that, on the basis of this justification, the exception applies to all acts of a foreign State that took place on the territory of the forum State, whether they were performed *jure imperii* or *jure gestionis*.

86. Italy added that, while it was aware of the view that crimes against humanity and war crimes cannot be considered sovereign acts for which a State is entitled to invoke the defence of sovereign immunity, it acknowledged that this area of the law of State immunity is undergoing a process of change. Thus, under the unique and specific circumstances of the cases submitted to Italian courts, Italy contended that its case before this Court is based on other arguments: the tort exception and the existence of an irreconcilable conflict between immunity and the effective enforcement of preemptory rules, which support its position that Italy had no obligation to accord immunity to Germany.

87. In respect of the *third question* I asked the contending Parties<sup>112</sup>, Germany again referred to the Court’s Order of 6 July 2010, arguing that the question whether reparations related to the Second World War are still due is not, in its view, the subject of the present proceedings; it considered the reparation scheme for the Second World War to be a classic inter-State and comprehensive scheme. It further argued that those victims who consider to have a claim against Germany can institute proceedings in German courts, which abide by Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights that guarantees the right of access to justice.

88. Italy retorted that none of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation; it added that some categories of victims were never able to claim compensation because no mechanism was put in place while others have been trying to

---

<sup>112</sup> Namely:

“Have the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation? If not, are they entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings? Can the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law still be regarded as exhausting itself at inter-State level? Is the right to reparation related to the right of access to justice *lato sensu*? And what is the relationship of such right of access to justice with *jus cogens*?”

n'existait pas d'*obligation* d'accorder l'immunité pour des actes *jure imperii* lorsque l'exception délictuelle s'appliquait. L'Italie affirmait en outre que

«[r]ien dans la notion d'actes *jure imperii* n'oblige[ait] à conclure que l'exception délictuelle ne s'appliqu[ait] pas à cette catégorie d'actes. La justification de cette exception à l'immunité [était] fondée sur l'affirmation de la juridiction ou du contrôle local sur les actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for».

Elle soutenait donc que, sur la base de cette justification, l'exception s'appliquait à tous les actes d'un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for, qu'il s'agisse d'actes *jure imperii* ou d'actes *jure gestionis*.

86. L'Italie a ajouté que, si elle savait que certains estimaient que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne pouvaient être considérés comme des actes de souveraineté pour lesquels l'Etat était en droit d'invoquer l'immunité souveraine comme moyen de défense, elle constatait que dans ce domaine le droit de l'immunité de l'Etat était en train d'évoluer. C'est pourquoi, tenant compte des circonstances spécifiques et uniques caractérisant les affaires portées devant les tribunaux italiens, l'Italie faisait reposer sa position devant la Cour sur deux autres arguments, à savoir l'exception délictuelle et l'existence d'un conflit insoluble entre l'immunité et l'application effective de règles impératives, pour étayer son opinion selon laquelle elle n'était pas tenue d'accorder l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne.

87. Pour ce qui est de la *troisième question* que j'ai posée aux Parties<sup>112</sup>, l'Allemagne a de nouveau invoqué l'ordonnance de la Cour en date du 6 juillet 2010, faisant valoir que la question de savoir si les réparations à raison d'actes commis pendant la seconde guerre mondiale étaient toujours dues ne constituait pas l'objet de la présente instance; elle estimait que le régime de réparation après la seconde guerre mondiale était un régime de réparation interétatique classique et global. Elle faisait en outre valoir que les victimes qui s'estimaient fondées à le faire pouvaient intenter une action contre l'Allemagne devant les tribunaux allemands, ce qui était conforme au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à l'accès à la justice.

88. L'Italie a répondu qu'aucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires à l'origine du présent différend n'avait été indemnisée; elle ajoutait que certaines des victimes n'avaient jamais eu la possibilité de demander réparation car aucun mécanisme n'avait

<sup>112</sup> A savoir :

«Les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement ont-elles effectivement été indemnisées? Si tel n'est pas le cas, ont-elles droit à une telle réparation et comment peuvent-elles être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne? Peut-on encore considérer que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique? Le droit à réparation est-il lié au droit à l'accès à la justice *lato sensu*? Et quelle est la relation entre ce droit à l'accès à la justice et le *jus cogens*?»

obtain compensation for a decade without any success. Italy further argued that there does not seem to be any willingness on Germany's part to conclude an agreement aimed at making reparation to these categories of victims. It also submitted that, at the moment, there is no other alternative than national proceedings for these categories of victims to receive reparation. Italy argues that had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation, considering, for example, the strong reluctance of German authorities to enter into an agreement providing for reparation for the "Italian military internees".

89. Italy claimed that the regime of reparations for grave breaches of human rights and international humanitarian law does not exhaust itself at the inter-State level and that individual victims can address their claims in domestic courts. It also submitted that the removal of immunity is justified when resort to domestic courts represents the only and last means available to obtain some form of redress. Italy further argues that "[u]nder certain circumstances, the denial of access to justice because of the immunity granted to a foreign State may imply a denial of effective reparation". It next submitted that the concept of *jus cogens* does not confine itself to the realm of primary rules, but also relates to the remedies available in cases of grave breaches of obligations prescribed by norms having such character. In Italy's submission, when there is a conflict between rules that prevent individuals from having access to justice and the effective enforcement of *jus cogens* rules, if there is no other avenue open to obtain effective enforcement of *jus cogens*, "priority must be given to *jus cogens* by removing immunity, thereby allowing access to justice to individual victims".

(b) *Greece's answer*

90. In answer to the question I put to the intervening State<sup>113</sup> — to the best of my knowledge, the first question ever put to a non-party intervenor in the history of the Hague Court —, Greece first recalled that the Special Supreme Court does not rank as a Supreme Court nor is it a constitutional court within the Greek legal system; rather, it has a *sui generis* legal status in Greece. It added that the Special Supreme Court is an independent and non-permanent organ which does not fit within the hierarchy of the Greek court system. Greece further argued that, as part of the Special Supreme Court's function, it identifies or defines a customary rule of international law "in the present development of international law". In

<sup>113</sup> Namely:

"Within the Greek legal system, what are the legal effects of the Greek Special Supreme Court decision in the *Margellos* case upon the *Areios Pagos* decision in the *Distomo Massacre* case? Is the *Areios Pagos* decision in the *Distomo Massacre* case still pending of execution within and beyond the Greek legal system?"

jamais été mis en place à cet effet, alors que d'autres essayaient en vain d'obtenir réparation depuis presque une décennie. Selon elle, l'Allemagne ne semblait aucunement avoir l'intention de conclure avec elle un accord en vue d'indemniser ces catégories de victimes. Elle faisait aussi valoir que, pour l'instant, il n'y avait pour ces victimes, pour obtenir réparation, d'autres recours que les recours internes. L'Italie affirme que, si les juges internes n'avaient pas refusé d'accorder l'immunité, les victimes de crimes de guerre n'auraient disposé d'aucun autre recours pour obtenir réparation étant donné, par exemple, la forte réticence des autorités allemandes à conclure un accord pour indemniser les «internés militaires italiens».

89. L'Italie affirme que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations ne s'épuise pas au niveau interétatique et que les victimes individuelles de ces violations peuvent saisir les tribunaux internes de leurs demandes. Selon elle, lorsque le recours aux tribunaux nationaux est l'unique et ultime moyen d'obtenir réparation, une exception à l'immunité est justifiée. Elle ajoute que, «[d]ans certaines circonstances, le déni d'accès à la justice qui résulte de l'immunité accordée à un Etat étranger peut avoir pour corollaire le déni d'une indemnisation effective». Elle fait ensuite valoir que la notion de *jus cogens* concerne non seulement les règles primaires, mais également les recours disponibles en cas de violations graves des obligations prescrites par les normes qui ont ce caractère. Pour elle, lorsqu'un conflit survient entre des règles qui empêchent des individus d'avoir accès à la justice et l'application effective de règles de *jus cogens*, s'il n'existe aucun autre moyen d'obtenir l'application effective du *jus cogens*, «la priorité doit être accordée à ce dernier en refusant l'immunité et en permettant ainsi aux victimes individuelles d'accéder à la justice».

#### b) *La réponse de la Grèce*

90. En réponse à la question I que j'ai posée à l'Etat intervenant<sup>113</sup> — à ma connaissance, c'est la première fois dans l'histoire de la Cour qu'une question est posée à un Etat intervenant non partie —, la Grèce a commencé par rappeler que le Tribunal supérieur spécial n'était pas considéré comme une cour suprême ni une cour constitutionnelle dans l'ordre juridique grec; il avait un statut juridique *sui generis*. Elle a ajouté que ce tribunal était une juridiction indépendante et non permanente qui n'entrait pas dans la hiérarchie du système judiciaire grec. Selon la Grèce, le Tribunal supérieur spécial avait notamment pour fonction d'identifier ou de qualifier une règle coutumière du droit international «au stade actuel

<sup>113</sup> A savoir:

«Dans l'ordre juridique grec, quels sont les effets juridiques de la décision du Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos* sur la décision de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo*? Cet arrêt de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo* est-il toujours en attente d'exécution dans l'ordre juridique grec et au-delà?»

this area of its functions, the Special Supreme Court judgments — it continued — have limited effects, and, in practice, a judgment by the Special Supreme Court is binding only on the courts which have posed to it the specific question. Greece further submitted that judgments of the Special Supreme Court do not have the force of *res judicata erga omnes*; it is for the ordinary courts or the Special Supreme Court to determine subsequently whether there has been any change in the assertion that a customary norm exists.

91. Greece added that a judgment of the Special Supreme Court “always reflects the considerations of an *opinio juris* expressed ‘at the same temporal stage of development of international law and its generally accepted rules’”. It argued that the judgment in the *Margellos and Others* case “has no effect whatever” or legal implications on the judgment of the *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case, which was rendered prior to the *Margellos* judgment and concerned a different case. In this sense, Greece claimed that the *Areios Pagos* judgment “is final and irrevocable. It is in force and produces legal effects within the Greek legal order, remaining pending of execution.” Greece at last contended that the fact that the Minister of Justice has not authorized the enforcement of the *Areios Pagos* judgment yet does not signify that it is “emptied of meaning and unenforceable”; the *Distomo* judgment “remains open”.

### 3. Second Round of Answers

92. The contending Parties saw it fit to comment on the answers they provided to the questions I put to them during the oral hearings before the Court (*supra*). These additional comments form the second round of their answers, which I proceed likewise to revise and summarize, for the sake of clarity as to the distinct positions taken by the contending Parties in the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before the Court.

#### (a) Germany’s comments

93. Germany only made observations on Greece’s response to my question addressed to it. Germany first referred to Article 100 (1) of the Greek Constitution, Article 54 (1) of Greek Law No. 345/1976 regarding the Greek Special Supreme Court, and to a ruling by the Special Supreme Court on this latter provision. On this basis, Germany argued that, since the judgment of 2002 in the *Margellos and Others* case, “no Greek Court has issued a judgment disregarding Germany’s state immunity for acts *jure imperii* during World War II and no measures of execution in the *Distomo* case have been taken”. Germany then referred to two judgments of the *Areios Pagos* (in 2007 and in 2009) that followed the jurisprudence of the Special Supreme Court, “according to which the rule of jurisdictional immunity stands unaffected even in cases the

du développement du droit international». Dans ce domaine de ses fonctions, ses arrêts n'avaient pas que des effets limités et, en pratique, un arrêt du Tribunal supérieur spécial n'avait un effet contraignant que vis-à-vis des juridictions dont émanait la question précise qui lui avait été posée. La Grèce indiquait en outre que les arrêts du Tribunal supérieur spécial n'avaient pas force de chose jugée *erga omnes*; c'était aux tribunaux de droit commun ou au Tribunal supérieur spécial qu'il appartenait de déterminer ultérieurement s'il y avait eu changement dans l'affirmation de l'existence d'une norme coutumière.

91. La Grèce ajoutait qu'un arrêt du Tribunal supérieur spécial «reflète toujours les considérations d'une *opinio juris* exprimée «au même stade temporel du développement du droit international et de ses règles comme généralement acceptées». Elle faisait valoir que l'arrêt *Margellos et autres* «ne [pouvait] influencer aucunement» ni avoir des incidences juridictionnelles sur l'arrêt de l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*, rendu avant l'arrêt *Margellos* et qui concernait une affaire différente. En ce sens, selon la Grèce, l'arrêt de l'*Areios Pagos* «est définitif et irrévocable. Il est en vigueur et produit des effets juridiques dans l'ordre juridique hellénique, restant pendant quant à son exécution.» La Grèce indiquait enfin que le fait que le ministre de la justice n'ait pas encore autorisé l'exécution de l'arrêt de l'*Areios Pagos* ne signifiait pas que cet arrêt était «vidé de sens et de force exécutoire»; l'arrêt *Distomo* «est toujours ouvert».

### 3. Deuxième série de réponses

92. Les Parties ont jugé bon de faire des observations sur les réponses apportées aux questions que je leur avais posées durant la procédure orale (*supra*). Ces observations additionnelles constituent la seconde série de leurs réponses, que je vais également reviser et résumer par souci de clarté quant aux positions distinctes prises par les Parties dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* devant la Cour.

#### a) Observations de l'Allemagne

93. L'Allemagne n'a fait d'observations que sur la réponse de la Grèce à la question que j'avais posée à cet Etat. Elle a commencé par citer le paragraphe 1 de l'article 100 de la Constitution grecque, le paragraphe 1 de l'article 54 de la loi grecque n° 345/1976 relative au Tribunal supérieur spécial grec et un arrêt de celui-ci sur ce paragraphe 1. Sur cette base, l'Allemagne a fait valoir que, depuis l'arrêt de 2002 rendu dans l'affaire *Margellos et autres*, «aucun tribunal grec n'av[ait] rendu de jugement méconnaissant l'immunité de l'Etat allemand à raison d'actes *jure imperii* commis pendant la seconde guerre mondiale et aucune mesure d'exécution n'av[ait] été prise dans l'affaire *Distomo*». L'Allemagne a ensuite invoqué deux arrêts (rendus en 2007 et 2009) de l'*Areios Pagos* qui suivaient la jurisprudence du Tribunal supérieur spécial, «selon laquelle la règle de l'immunité de juridiction

subject-matter of which are allegations of serious violations of international humanitarian law”.

(b) *Italy's comments*

94. In turn, Italy commented on some parts of Germany's responses to the questions I posed (*supra*). In relation to my first question, contrary to what Germany contended, Italy argued that the conclusion by the Court in the paragraphs of the Order of 6 July 2010 cited by Germany was strictly limited to the issue of the admissibility of Italy's counter-claim and it did not affect the solution of the question raised by Germany's main claim. Italy contended that it remains for the Court to examine Italy's arguments on the merits of Germany's main claim, and in particular, the argument whereby the obligation to make reparation for war crimes has some specific implications for State immunity.

95. As to Germany's response to my third question, Italy took issue with Germany's statement that the reparation regime set up for the Second World War was “comprehensive”. Italy argued that Germany itself, both in its written and oral submissions, admitted that reparations made in relation to Italian victims of war crimes were only “partial”. Italy further contended that the 1961 Agreement provided only for reparations for victims of persecution. Thus, Italy added that the characterization of the reparation scheme as “comprehensive” cannot be accurate, in particular concerning Italian victims of war crimes. It further claimed that Germany's arguments make it clear that no reparation has been made to numerous Italian victims of war crimes<sup>114</sup>.

96. Italy at last contended that Germany's argument that Italian victims of war crimes did not receive compensation because Italy had been an ally of Germany until 8 September 1943

“is flawed because it confuses the regime of responsibility for violations of *jus ad bellum* with the consequences of violations of the provisions of *jus in bello*, and in particular it ignores the special regime of responsibility for serious breaches of international humanitarian law”.

Also in relation to my third question, Italy claimed that “[t]he fact that Italian victims had access to German courts does not mean that they were given an effective legal avenue to obtain reparation”. It argued that Ger-

---

<sup>114</sup> As Germany claims that it has been relieved of the obligation to make reparation on the basis of the waiver clause of Article 77 of the 1947 Peace Treaty, an argument which Italy challenges in the present proceedings.

demeure inaltérée même dans des affaires ayant pour objet des allégations de violations graves du droit international humanitaire».

b) *Observations de l'Italie*

94. L'Italie, à son tour, a fait des observations sur certaines parties des réponses de l'Allemagne aux questions que j'avais posées à celle-ci (*supra*). Au sujet de ma première question, contrairement à ce qu'affirmait l'Allemagne, l'Italie faisait valoir que la conclusion de la Cour figurant aux paragraphes de l'ordonnance du 6 juillet 2010 cités par l'Allemagne était strictement limitée à la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle de l'Italie et qu'elle était sans incidence sur la solution de la question soulevée par la demande principale de l'Allemagne. L'Italie affirmait qu'il appartenait donc toujours à la Cour d'apprécier les arguments avancés par l'Italie sur le fond de la demande principale de l'Allemagne et, en particulier, celui selon lequel l'obligation d'accorder réparation aux victimes de crimes de guerre avait des conséquences particulières sur l'immunité de l'Etat.

95. S'agissant de la réponse de l'Allemagne à ma troisième question, l'Italie contestait l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était «global». Elle faisait observer que l'Allemagne elle-même, tant dans ses écritures que lors des plaidoiries, avait reconnu n'avoir indemnisé que «partiellement» les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle soulignait en outre que l'accord de 1961 ne prévoyait de réparations qu'au bénéfice des victimes de persécutions. Qui plus est, ajoutait-elle, l'affirmation selon laquelle le régime de réparation était «global» ne pouvait être exacte, en particulier en ce qui concerne les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle faisait en outre valoir que les arguments de l'Allemagne démontraient clairement que de nombreuses victimes italiennes de crimes de guerre n'avaient bénéficié d'aucune réparation<sup>114</sup>.

96. L'Italie soutient enfin que l'argument de l'Allemagne selon lequel les victimes italiennes de crimes de guerre n'ont pas été indemnisées parce que l'Italie était une alliée de l'Allemagne jusqu'au 8 septembre 1943

«est ... erroné ... car il confond le régime de la responsabilité de l'Etat pour violations du *jus ad bellum* avec les conséquences des violations du *jus in bello*, et ignore en particulier le régime spécial de la responsabilité de l'Etat en cas de violations graves du droit international humanitaire».

Egalement en relation avec ma troisième question, l'Italie soutient que «[l]e fait que les victimes italiennes aient eu accès aux tribunaux allemands ne signifie pas qu'elles se sont vu offrir un recours effectif». La législation

<sup>114</sup> Comme l'Allemagne soutient que la clause de renonciation figurant à l'article 77 du traité de paix de 1947 l'exonère de son obligation de réparer, un argument que l'Italie conteste dans le cadre de la présente instance.

man laws imposed a number of “unduly restrictive requirements” for Italian victims to receive reparation<sup>115</sup>.

## XII. THE PROHIBITION OF FORCED LABOUR AT THE TIME OF THE SECOND WORLD WAR

### 1. Normative Prohibition

97. The legal regulation of forced labour at the time of Second World War was based on the 1930 ILO Convention (No. 29) on Forced Labour, which came into force on 1 May 1932. The Convention provided for a series of restrictions and prohibitions of forced labour, aiming ultimately to its total suppression. The 1930 ILO Convention (No. 29) made clear that prisoners of war may not be employed in any way that is connected with the operations of war (manufacture, transport of arms and munitions) or for unhealthy or dangerous work (Arts. 31-32). In case of violations they have the right to complaint (Art. 31); moreover, more arduous work cannot be used as a disciplinary measure (Art. 31).

98. Forced labour, in the sense of labour imposed under coercion or the threat of penalty (Art. 2 (1)), has been condemned and expressly prohibited ever since the 1930 ILO Convention (No. 29)<sup>116</sup>, despite the distinct contexts wherein forced labour was imposed as time went on. The 1930 ILO Convention (No. 29) was followed by the 1957 Abolition of Forced Labour Convention, to meet practically universal acceptance. As I sustained in my earlier dissenting opinion (paras. 130-132) in the Court’s Order of 6 July 2010 in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* (Counter-Claim), their underlying principles, informing and conforming the abolition of forced labour in general international law, belong nowadays to the domain of *jus cogens*<sup>117</sup>.

99. Furthermore, in the domain of international humanitarian law, the treatment of prisoners of war or civilian populations during armed con-

---

<sup>115</sup> Italy argued, in this respect, that the reference made by Germany to the jurisprudence of the European Court of Human Rights is “inapposite”, as such jurisprudence relies on the assumption that “the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to their ratification of the Convention”. Italy added that the cases against Germany before the European Court were based on the right to property under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention, and the Court considered those cases inadmissible as the facts at issue did not fall within the ambit of that norm.

<sup>116</sup> ILO/OIT, *Alto al Trabajo Forzoso — Informe Global con Arreglo al Seguimiento de la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, ILO, Geneva, 2001, pp. 9-10.

<sup>117</sup> Cf., to this effect, e.g., M. Kern and C. Sottas, “The Abolition of Forced or Compulsory Labour”, in *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, ILO, 2003, p. 44, and cf. p. 33; and International Labour Office, *Eradication of Forced Labour*, Geneva, ILO, 2007, p. 111.

allemande, ajoute-t-elle, imposait un certain nombre de « conditions excessives » aux victimes italiennes qui souhaitaient obtenir réparation<sup>115</sup>.

## XII. L'INTERDICTION DU TRAVAIL FORCÉ À L'ÉPOQUE DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE

### 1. *L'interdiction normative*

97. A l'époque de la seconde guerre mondiale, la réglementation juridique du travail forcé reposait sur la convention (n° 29) sur le travail forcé de l'OIT de 1930, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1932. Cette convention prévoyait des restrictions et interdictions concernant le travail forcé dont l'objectif final était de le supprimer totalement. Cette convention indique clairement que les prisonniers de guerre ne peuvent être affectés à un emploi lié aux opérations de guerre (fabrication ou transport d'armes et de munitions) ni employés à des travaux malsains ou dangereux (art. 31-32). En cas de violations, ils ont le droit de se plaindre (art. 31); de plus, les conditions de travail ne peuvent être rendues plus pénibles par des mesures disciplinaires (art. 31).

98. Le travail forcé, au sens de travail exigé sous la menace d'une peine quelconque (art. 2, par. 1), est condamné et expressément interdit depuis la convention (n° 29) de l'OIT de 1930<sup>116</sup>, en dépit des différents contextes dans lesquels le travail forcé a été imposé au fil du temps. La convention (n° 29) de l'OIT de 1930 a été suivie par la convention de 1957 sur l'abolition du travail forcé, et ces deux instruments jouissent d'une reconnaissance quasi universelle. Comme je l'ai soutenu dans l'opinion dissidente (par. 130-132) que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle), les principes qui y sont consacrés, qui sont à l'origine de l'abolition du travail forcé en droit international général et lui ont donné forme, appartiennent maintenant au *jus cogens*<sup>117</sup>.

99. De plus, dans le domaine du droit international humanitaire, le traitement des prisonniers de guerre et des populations civiles durant un conflit

<sup>115</sup> L'Italie fait valoir à cet égard que le renvoi de l'Allemagne à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est « inopportun », puisque cette jurisprudence postule que « la convention n'impose pas d'obligations spécifiques à la charge des Etats contractants d'indemniser des dommages causés avant qu'ils n'aient ratifié la convention ». L'Italie ajoute que les actions intentées contre l'Allemagne devant la Cour européenne reposaient sur le droit de propriété énoncé à l'article premier du protocole n° 1 à la convention européenne et que la Cour avait jugé ces demandes irrecevables au motif que les faits incriminés ne relevaient pas de cette règle.

<sup>116</sup> ILO/OIT, *Halte au travail forcé — Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, OIT, Genève, 2001, p. 9-10.

<sup>117</sup> Voir en ce sens, par exemple, M. Kern et C. Sottas, « The Abolition of Forced or Compulsory Labour », *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Genève, OIT, 2003, p. 44, et voir p. 33; Bureau international du travail, *Eradication of Forced Labour*, Genève, OIT, 2007, p. 111.

flict was governed, at the time of the Second World War, by the 1907 Hague Convention (IV) and by the 1929 Geneva Convention on Prisoners of War; the 1929 Geneva Convention added the prohibition of forced labour that was unhealthy or dangerous for the prisoners of war (Arts. 28-34). Still in connection with the prohibition of forced labour, at that same time, the 1926 Geneva Anti-Slavery Convention prohibited slavery and slave trade; it expressly set forth the obligation of States “to take all measures to prevent compulsory or forced labour from developing into conditions analogous to slavery” (Art. 5).

100. The Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to the aforementioned 1907 Hague Convention (IV), prohibited, with regard to forced labour of inhabitants of occupied territories, to involve those inhabitants in the work of “military operations against their own country” (Art. 52). Germany signed the 1907 Hague Convention (IV) on 18 October 1907 and ratified it on 27 November 1909. In addition, it should be noted that Germany ratified the 1930 ILO Convention (No. 29) on Forced Labour only on 13 June 1956. Be that as it may, even if this later ratification removed *jurisdiction* on the basis of this Convention before mid-1956, the *responsibility* of Nazi Germany subsisted. No one would dare to deny the wrongfulness of forced labour, already at the time of the Second World War.

101. The forced labour regime, as organized by Nazi Germany, could be equated to “enslavement”, given the presence of the elements constitutive of this crime, namely, the subjection of a part of a population of an occupied territory, in order to sever forced or compulsory labour, meant to be permanent, and undertaken in conditions similar to slavery under the heel of private persons<sup>118</sup>. It was the policy of Nazi German authorities to let exhausted forced labourers die; sometimes they actively killed forced labourers when they could no longer work. Such circumstances could make their policy fall under the “enslavement” definition<sup>119</sup>.

## 2. Judicial Recognition of the Prohibition

102. That State policy of Nazi Germany was to have repercussions in the work and findings of the International Military Tribunal of Nuremberg, shortly after the Second World War. The 1945 Charter of the Nuremberg Tribunal listed, among *war crimes*, the “deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory” (Art. 6 (b)); and, among *crimes against humanity*, the “enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civil-

<sup>118</sup> L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, pp. 455-456.

<sup>119</sup> Cf. ICRC, *Customary International Humanitarian Law*, Rule 95: Forced Labour, Deportation to Slave Labour, No. 19.

armé était régi, à l'époque de la seconde guerre mondiale, par la convention IV de La Haye de 1907 et par la convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre; ce dernier texte interdisait d'employer des prisonniers de guerre à des travaux insalubres ou dangereux (art. 28-34). Toujours en rapport avec l'interdiction du travail forcé, dans le même temps, la convention de Genève de 1926 sur l'esclavage interdisait l'esclavage et la traite des esclaves; elle énonçait expressément, à la charge des Etats, l'obligation de «prendre des mesures utiles pour éviter que le travail forcé ou obligatoire n'amène des conditions analogues à l'esclavage» (art. 5).

100. Le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la convention IV de La Haye de 1907 susmentionnée, interdisait, en ce qui concerne le travail forcé des habitants des territoires occupés, d'obliger ces habitants à participer «aux opérations de la guerre contre leur patrie» (art. 52). L'Allemagne a signé la convention IV de La Haye de 1907 le 18 octobre 1907 et l'a ratifiée le 27 novembre 1909. Il convient en outre de noter que l'Allemagne n'a ratifié la convention (n° 29) de l'OIT de 1930 sur le travail forcé que le 13 juin 1956. Quoiqu'il en soit, même si cette ratification ultérieure interdit d'invoquer cette convention comme base de *compétence* avant le milieu de 1956, la *responsabilité* de l'Allemagne nazie a subsisté. Nul n'oserait nier que le travail forcé était déjà illicite à l'époque de la seconde guerre mondiale.

101. Le régime de travail forcé organisé par l'Allemagne nazie peut être assimilé à une «réduction en esclavage» étant donné la présence d'éléments constitutifs de ce crime, à savoir l'assujettissement d'une partie d'une population d'un territoire occupé afin de lui faire exécuter un travail forcé ou obligatoire devant être permanent, et effectué dans des conditions comparables à l'esclavage sous l'autorité de personnes privées<sup>118</sup>. Les autorités de l'Allemagne nazie avaient pour politique de laisser mourir les travailleurs forcés épuisés; parfois elles mettaient ces travailleurs forcés à mort lorsqu'ils ne pouvaient plus travailler. Du fait de ces circonstances, leur politique pouvait entrer dans la définition de la «réduction en esclavage»<sup>119</sup>.

## 2. Reconnaissance judiciaire de l'interdiction

102. La politique d'Etat de l'Allemagne nazie devait avoir des répercussions sur les travaux et les conclusions du Tribunal militaire international de Nuremberg peu après la seconde guerre mondiale. Le Statut (1945) du Tribunal de Nuremberg faisait notamment figurer, 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,

<sup>118</sup> L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, p. 455-456.

<sup>119</sup> Voir CICR, *Droit international humanitaire coutumier*, règle 95: travail forcé, déportation pour des travaux forcés, n° 19.

ian population, before or during the war” (Art. 6 (c)). The prohibition of forced labour and enslavement was already established, as indicated above, in the *corpus juris gentium*, in international instruments of the ILO as well as of international humanitarian law.

103. It was then, with the work of the Nuremberg Tribunal, to gain judicial recognition as well. In fact, the question of forced labour during the Second World War was examined by the Nuremberg Tribunal, which, in the case of the *Major War Criminals* (judgment of 1 October 1946), recalled that Article 6 (b) its Charter<sup>120</sup> provides that the “ill-treatment, or deportation to slave labour or for any other purpose, of civilian population of or in occupied territory shall be a war crime”. The Tribunal further reminded that “[t]he laws relating to forced labour by the inhabitants of occupied territories are found in Article 52 of the Hague Convention” of 1907<sup>121</sup>.

104. In this regard, the Nuremberg Tribunal concluded that “[t]he policy of the German occupation authorities was in flagrant violation of the terms of [the Hague Convention of 1907]” and that an “idea of this policy may be gathered from the statement made by Hitler in a speech on 9 November 1941”, asserting that “the German occupation authorities did succeed in forcing many of the inhabitants of the occupied territories to work for the German war effort, and in deporting at least 5,000,000 persons to Germany to serve German industry and agriculture”. It also noted that “[i]nhabitants of the occupied countries were conscripted and compelled to work in local occupations, to assist the German war economy” and that “[i]n many cases they were forced to work on German fortifications and military installations”<sup>122</sup>.

105. From the above statement by Hitler, singled out by the Nuremberg Tribunal itself, there can be no doubt whatsoever that widespread forced labour of inhabitants of the occupied territories in the German war industry during the Second World War, was a State policy of Nazi Germany. Such State policy was in flagrant violation of international law, both conventional and customary.

106. In fact, the Nuremberg Tribunal further observed that a vigorous propaganda campaign was set up to induce workers to volunteer to work in Germany, and, in some instances, labourers and their families were threatened by the police in case they refused to go to Germany<sup>123</sup>. The evidence before the Tribunal showed that the workers were sent under

<sup>120</sup> Hereinafter referred to as the “Nuremberg Charter”.

<sup>121</sup> International Military Tribunal, judgment of 1 October 1946, in *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, Part 22 (22 August 1946-1 October 1946), p. 460.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 460.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 461.

la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre» (art. 6, al. *c*). L'interdiction du travail forcé et de la réduction en esclavage était déjà établie, comme indiqué ci-dessus, dans le *corpus juris gentium* et dans les instruments internationaux de l'OIT et du droit international humanitaire.

103. Cette interdiction devait alors, grâce aux travaux du Tribunal de Nuremberg, acquérir également une reconnaissance judiciaire. En fait, la question du travail forcé durant la seconde guerre mondiale a été examinée par le Tribunal de Nuremberg, qui, dans le cadre du procès des *Grands criminels de guerre* (jugement du 1<sup>er</sup> octobre 1946), a rappelé que l'alinéa *b*) de l'article 6 de son Statut<sup>120</sup> disposait que constitue un crime de guerre «les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés». Le Tribunal a de plus rappelé que «[l]es règles concernant les travaux forcés imposés aux habitants de territoires occupés se trouvent dans l'article 52 de la convention de La Haye» de 1907<sup>121</sup>.

104. A cet égard, le Tribunal de Nuremberg a conclu que «[l]a politique des autorités d'occupation allemandes a constitué une violation flagrante des termes de [la convention de La Haye de 1907]» et que l'«[o]n peut se rendre compte de ce qu'était cette politique en lisant la déclaration faite par Hitler dans un discours prononcé le 9 novembre 1941», ajoutant que «les autorités d'occupation allemandes parvinrent à astreindre un grand nombre d'habitants des territoires occupés à l'effort de guerre du Reich ... [et] déportèrent en Allemagne au moins cinq millions de personnes pour les contraindre à des travaux agricoles». Il fit aussi observer que «[l]es habitants furent recensés et forcés de travailler sur place au bénéfice de l'économie de guerre allemande» et que, «[b]ien souvent, ils durent construire des fortifications et des installations militaires»<sup>122</sup>.

105. Il ressort sans l'ombre d'un doute de la déclaration d'Hitler susvisée, que le Tribunal de Nuremberg a lui-même citée, que le travail forcé généralisé des populations des territoires occupés dans l'industrie de guerre allemande durant la seconde guerre mondiale correspondait à une politique d'Etat de l'Allemagne nazie. Une telle politique d'Etat constituait une violation flagrante du droit international, conventionnel et coutumier.

106. En fait, le Tribunal de Nuremberg a en outre fait observer qu'une énergique campagne de propagande avait été entreprise pour inciter les travailleurs à aller travailler en Allemagne et que, dans certains cas, les travailleurs et leurs familles avaient été menacés de représailles par la police s'ils refusaient de partir pour l'Allemagne<sup>123</sup>. Les preuves soumises

<sup>120</sup> Ci-après le «Statut de Nuremberg».

<sup>121</sup> Tribunal militaire international, jugement du 1<sup>er</sup> octobre 1946, dans *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, partie 22 (22 août 1946-1<sup>er</sup> octobre 1946), p. 460.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 460.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 461.

guard to Germany and were often crammed in trains without adequate food, heat, clothing or sanitary facilities, and demonstrated that the treatment of workers in Germany was, in many cases, brutal and degrading; the Tribunal also found that, many prisoners of war were allocated to work directly in relation to military operations, in violation of Article 31 of the 1929 Geneva Convention<sup>124</sup>.

107. As to the customary nature of the rules that it applied, the Nuremberg Tribunal further stated that

“Article 6 of the Charter provides:

- (b) War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages or devastation not justified by military necessity;
- (c) Crimes against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. (. . .)

The Tribunal is of course bound by the [Nuremberg] Charter, in the definition which it gives both of war crimes and crimes against humanity. With respect to war crimes, however, as has already been pointed out, the crimes defined by Article 6, Section (b), of the [Nuremberg] Charter were already recognized as war crimes under international law. They were covered by Articles 46, 50, 52, and 56 of the Hague Convention of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46, and 51 of the Geneva Convention of 1929. That violations of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument.”<sup>125</sup>

108. The Nuremberg Tribunal further found that, by 1939, the rules laid down in the Hague Convention of 1907 were recognized by all “civilized nations”, and were regarded as being declaratory of the laws and

<sup>124</sup> *Op. cit. supra* note 121, p. 462.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 467. The Judgment also stated, in relation to the crimes committed in Czechoslovakia, that: “Although Czechoslovakia was not a party to the Hague Convention of 1907, the rules of land warfare expressed in this Convention are declaratory of existing international law and hence are applicable”, p. 524 (emphasis added).

au Tribunal montraient que les travailleurs déportés en Allemagne y étaient envoyés sous escorte, souvent entassés dans des trains non chauffés, sans nourriture, sans vêtements et sans installations sanitaires, et que le traitement qui leur était infligé en Allemagne avait été brutal et dégradant; le Tribunal a aussi conclu que beaucoup de prisonniers de guerre avaient été employés à des travaux en rapport direct avec les opérations militaires, en violation de l'article 31 de la convention de Genève de 1929<sup>124</sup>.

107. En ce qui concerne le caractère coutumier des règles qu'il appliquait, le Tribunal de Nuremberg déclara en outre ce qui suit :

«L'article 6 du Statut soumet à la compétence du Tribunal :

- b) Les crimes de guerre: c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;
- c) Les crimes contre l'humanité: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne des pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Le Statut lie le Tribunal quant à la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Mais, dès avant le Statut, les crimes de guerre énumérés par l'article 6 b) tenaient du droit international leur qualification de crimes de guerre. Ils étaient prévus par les articles 46, 50, 52 et 56 de la convention de La Haye de 1907, et par les articles 2, 3, 4, 46 et 51 de la convention de Genève de 1929. Il n'est pas douteux que la violation de ces textes constitue un crime, entraînant un châtement.»<sup>125</sup>

108. Le Tribunal de Nuremberg conclut en outre que, en 1939, les règles énoncées dans la convention de La Haye de 1907 étaient reconnues par tous «les Etats civilisés» et considérées comme déclaratoires des lois

<sup>124</sup> *Op. cit. supra* note 121, p. 462.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 467. Le jugement déclarait aussi, en ce qui concerne les crimes commis en Tchécoslovaquie: «Bien que la Tchécoslovaquie ne fût pas partie à la convention de La Haye de 1907, les règles de la guerre sur terre énoncées dans cette Convention sont déclaratoires du droit international existant et sont donc applicables», p. 524 (les italiques sont de moi).

customs of war referred to in Article 6 (b) of the Nuremberg Charter. As to crimes against humanity, the Nuremberg Tribunal concluded that “[t]he policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organized and systematic” and concerning “[t]he policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government” it found that such policy “was most ruthlessly carried out”. The Tribunal thus concluded that “from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on a vast scale, which were also crimes against humanity” and held that “they were all committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted crimes against humanity”<sup>126</sup>.

109. For its part, the International Military Tribunal for the Far East (the Tokyo Tribunal), in its judgment of 12 November 1948, also expressed concern with regards to the use of forced labour, the method of recruitment, the confinement of labourers in camps; the Tokyo Tribunal was also concerned with the little or no distinction made “between these conscripted labourers on the one hand and prisoners of war and civilian internees on the other hand”, all being regarded as “slave labourers”<sup>127</sup>.

110. In our days, in its recent adjudication of the case *Kononov v. Latvia* (2008-2010), lodged with the European Court of Human Rights (ECHR) by a survivor of the Second World War, the ECHR (former Section III, judgment of 24 July 2008) saw it fit to undertake an examination of the evolution of international humanitarian law, from the First and Second Hague Peace Conferences (1899 and 1907) to the aftermath of the Second World War (the Nuremberg and Tokyo Tribunals trials, and the 1949 Geneva Conventions), to determine that the subjugation

<sup>126</sup> *Op. cit. supra* note 121, p. 468.

<sup>127</sup> In the words of the Tribunal:

“Having decided upon a policy of employing prisoners of war and civilian internees in work directly contributing to the prosecution of the war, and having established a system to carry that policy into execution, the Japanese went further and supplemented this source of manpower by recruiting labourers from the native population of the occupied territories. This recruiting of labourers was accomplished by false promises, and by force. After being recruited, the labourers were transported to and confined in camps. Little or no distinction appears to have been made between these conscripted labourers on the one hand and prisoners of war and civilian internees on the other hand. They were all regarded as slave labourers to be used to the limit of their endurance. For this reason, we have included these conscripted labourers in the term ‘civilian internees’ (. . .). The lot of these conscripted labourers was made worse by the fact that generally they were ignorant of the principles of hygiene [*sic*] applicable to their unusual and crowded conditions and succumbed more readily to the diseases resulting from the insanitary conditions of confinement and work forced upon them by their Japanese captors.” (International Military Tribunal for the Far East, judgment of 12 November 1948, in J. Pritchard and S. M. Zaide (eds.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, pp. 693-694.)

et coutumes de la guerre visées à l'alinéa *b*) de l'article 6 du Statut du Tribunal. Quant aux crimes contre l'humanité, le Tribunal a conclu que «[l]a politique de terreur était assurément mise en œuvre sur une grande échelle, et [qu']elle était souvent organisée et systématique» et, en ce qui concerne «[l]a politique de persécution, de répression et de meurtre de civils présumés hostiles au gouvernement mis en œuvre en Allemagne avant la guerre de 1939», il a jugé que cette politique «a[vait] été poursuivie impitoyablement». Le Tribunal a ainsi conclu que «dès le début de la guerre en 1939 des crimes de guerre furent commis sur une grande échelle, qui étaient aussi des crimes contre l'humanité», et il a jugé qu'«ils [avaient] tous été commis en exécution ou à l'occasion d'une guerre d'agression, et qu'ils constituaient des crimes contre l'humanité»<sup>126</sup>.

109. Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (le Tribunal de Tokyo), dans son jugement du 12 novembre 1948, s'est pour sa part déclaré préoccupé par le recours au travail forcé, la méthode de recrutement et l'internement des travailleurs dans des camps; il a aussi relevé que l'on ne distinguait guère, voire pas du tout, «entre ces travailleurs recrutés de force d'une part et les prisonniers de guerre et internés civils d'autre part», tous étant considérés comme des «travailleurs réduits en esclavage»<sup>127</sup>.

110. De nos jours, dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Kono-nov c. Lettonie* (2008-2010), portée devant elle par un survivant de la seconde guerre mondiale, la CEDH (arrêt du 24 juillet 2008 de l'ancienne troisième section de la Cour) a jugé opportun d'examiner l'évolution du droit international humanitaire entre les première et deuxième conférences de paix de La Haye (1899 et 1907) et les suites de la seconde guerre mondiale (Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, et conventions de Genève de 1949) pour décider que, bien avant la seconde guerre

<sup>126</sup> *Op. cit. supra* note 121, p. 468.

<sup>127</sup> Comme l'a déclaré le Tribunal :

«Ayant décidé d'employer les prisonniers de guerre et internés civils à des travaux contribuant directement à la poursuite de la guerre, et ayant établi un système pour mettre en œuvre cette politique, les Japonais sont allés plus loin et ont complété cette source de main-d'œuvre en recrutant des travailleurs dans la population indigène des territoires occupés. Ce recrutement de travailleurs fut accompli au moyen de fausses promesses et par la force. Une fois recrutés, les travailleurs étaient transportés et enfermés dans des camps. Il semble qu'on n'ait guère fait de distinction, voire aucune, entre ces travailleurs recrutés de force d'une part et les prisonniers de guerre et internés civils d'autre part. Ils étaient tous considérés comme des travailleurs réduits en esclavage, à utiliser jusqu'à la limite de leurs forces. Pour cette raison, l'expression «internés civils» désignait également ces travailleurs recrutés de force... Le sort de ces travailleurs recrutés de force fut aggravé par le fait qu'ils ignoraient généralement les principes de l'hygiène applicables dans les conditions inhabituelles de surpopulation qui étaient les leurs et qu'ils succombaient plus facilement aux maladies résultant de l'insalubrité de leur enfermement et des travaux que leurs geôliers japonais les obligeaient à exécuter.» (Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, jugement du 12 novembre 1948, dans J. Pritchard et S. M. Zaide (dir. publ.), *The Tokyo War Crimes Trial*, vol. 22, p. 693-694.)

tion and the ill-treatment of civilians was already prohibited well before the Second World War (paras. 55-70).

111. In the same line of reasoning, the ECHR, in its subsequent judgment (Grand Chamber, of 17 May 2010) in the *Kononov v. Latvia* case, deemed it fit to undertake to an ever greater depth such examination of the evolution of international humanitarian law, this time from the earlier codifications of the nineteenth century to the aftermath of the Second World War (paras. 206-217), to find that “the ill-treatment, wounding and killing” of villagers (in any case *hors de combat*) constituted, already by the time of the 1907 Hague Regulations, “a war crime” (para. 216). The Court pondered, *inter alia*, that:

“While the notion of war crimes can be traced back centuries, the mid-nineteenth century saw a period of solid codification of the acts constituting a war crime and for which an individual could be held criminally liable. The Lieber Code [of] 1863 [the Oxford Manual of 1880 (. . .)], and in particular the [1874] draft Brussels Declaration, (. . .) inspired the Hague Convention and Regulations [of] 1907. These latter instruments were the most influential of the earlier codifications and were, in 1907, declaratory of the laws and customs of war: they defined, *inter alia*, relevant key notions (combatants, *levée en masse*, *hors de combat*), they listed detailed offences against the laws and customs of war and they provided a residual protection through the Martens clause, to inhabitants and belligerents for cases not covered by the specific provisions of the Hague Convention and Regulations [of] 1907. Responsibility therein was on States, which had to issue consistent instructions to their armed forces and pay compensation if their armed forces violated those rules.” (Para. 207.)

112. After reviewing the “Hague” and the “Geneva” branches of humanitarian law, “the latter supplementing the former”, in the course of the second half of the nineteenth century and the first half of the twentieth century, the European Court further recalled that the Charter of the Nuremberg Tribunal provided a “non-exhaustive definition of war crimes”, and its judgment opined that the humanitarian rules enshrined into the 1907 Hague Convention and Regulations were generally recognized as being “‘declaratory of the laws and customs of war’ by 1939 and that violations of those provisions constituted crimes for which individuals were punishable” (para. 207).

113. The ECHR then added that “[i]nternational and national law (the latter including transposition of international norms) served as a basis for domestic prosecutions and liability” (para. 208)<sup>128</sup>. In sum, from the review above, it is clear that there has also been further judicial recognition of the fact that, well before the Second World War, ill-treatment of

<sup>128</sup> Cf. also para. 212.

mondiale, il était déjà interdit d'opprimer et de maltraiter les civils (par. 55-70).

111. Dans le même ordre d'idées, la CEDH, dans l'arrêt qu'elle a rendu ultérieurement en l'affaire *Kononov c. Lettonie* (Grande Chambre, 17 mai 2010), a examiné l'évolution du droit international humanitaire de manière encore plus approfondie, des premières codifications du XIX<sup>e</sup> siècle à la période ayant suivi la seconde guerre mondiale (par. 206-217), et elle a conclu que le fait d'infliger à des villageois (de toutes façons hors de combat) «des mauvais traitements, des blessures, puis la mort» constituait, déjà à l'époque du Règlement de La Haye de 1907, «un crime de guerre» (par. 216). La Cour a notamment déclaré ce qui suit :

«Si la notion de crimes de guerre est connue depuis des siècles, les actes constitutifs de crimes de guerre susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur ont commencé à faire l'objet d'une codification solide au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Le Code Lieber [de] 1863 ... [le Manuel d'Oxford de 1880] ..., et en particulier le projet de Déclaration de Bruxelles [de 1874], ont ... inspiré la Convention et le Règlement de La Haye de 1907. Ce sont ces deux derniers instruments qui ont été les plus marquants dans le processus de codification. En 1907, ils étaient déclaratifs des lois et coutumes de la guerre: ils définissaient notamment des notions clés pertinentes (combattants, levée en masse, hors de combat), énuméraient en détail les infractions aux lois et coutumes de la guerre et assuraient, par le biais de la clause Martens, une protection résiduelle aux populations et aux belligérants dans les cas non couverts par l'une de leurs dispositions. Ces textes posaient en principe la responsabilité des Etats, qui devaient donner à leurs forces armées des instructions conformes au Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre et verser une indemnité en cas de violation par des membres de leurs forces des dispositions dudit Règlement.» (Par. 207.)

112. Après avoir examiné le droit humanitaire «de La Haye et celui de Genève», «le second complétant le premier», au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la Cour européenne a en outre rappelé que le Statut du Tribunal de Nuremberg «définissait de manière non limitative les crimes de guerre», que dans son jugement le Tribunal avait émis l'opinion que les règles humanitaires qui figuraient dans la convention et le règlement de La Haye de 1907 étaient généralement reconnues comme ««l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre» applicables en 1939 et que les violations de ces textes constituaient des crimes dont les auteurs devaient être punis» (par. 207).

113. La Cour européenne des droits de l'homme ajoute ensuite que «[t]ant le droit international que le droit national (celui-ci incluant les normes internationales transposées) servaient de base aux poursuites et à la détermination de la responsabilité au niveau national» (par. 208)<sup>128</sup>. En résumé, il ressort clairement de ce qui précède qu'il y a aussi eu une

<sup>128</sup> Voir aussi par. 212.

civilians (such as forced labour) was illegal — it was a war crime — and engaged both State and individual responsibility.

### 3. *The Prohibition in Works of Codification*

114. The prohibition of forced labour as a form of slavery is not to be taken lightly, keeping in mind the long time it has taken to eradicate it, and the fact that it still survives in our days. Time and time again attention has been drawn into the everlasting struggle against forced labour as slave work. In this respect, in 1958, for instance, J. H. W. Verzijl pointed out that it was “shocking to have to acknowledge” that any attempt to deal with stigmatized abuses and disgraces of the past was “relatively recent”. Thus:

“It will suffice to remind ourselves of the humiliating historical evidence that the formal abolition of slavery was only reluctantly achieved, little by little, during the nineteenth century, that hidden or even overt forms of serfdom still flourish (. . .), that it was still necessary in 1956 to conclude a Convention for the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery, (. . .) a still existing evil surviving from the past.”<sup>129</sup>

115. When, early in its life and in the era of the United Nations itself, the International Law Commission (ILC) formulated the *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal* (1950), it included, among “war crimes”, the “deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory” (Principle VI (b)); and it likewise included, among “crimes against humanity”, the “enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population” (Principle VI (c))<sup>130</sup>. Codified in 1950, those principles were already deeply-engraved in the universal juridical conscience for a long time. Those crimes were already prohibited by international law likewise for a long time.

116. The fact remains that the prohibition of forced labour as a form of slavery soon marked its presence in endeavours of codification, not only of the ILC in the mid-twentieth century, but also of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in the middle of last decade. In fact, in accordance with a study undertaken by the ICRC entitled *Customary International Humanitarian Law*, published in 2005, uncompen-

<sup>129</sup> J. H. W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, pp. 5-6.

<sup>130</sup> UN, *The Work of the International Law Commission*, 7th ed., Vol. I, N.Y., 2007, p. 265.

reconnaissance judiciaire du fait que, bien avant la seconde guerre mondiale, maltraiter les civils (par exemple en leur imposant un travail forcé) était illicite — c'était un crime de guerre — et engageait la responsabilité de l'Etat comme la responsabilité individuelle.

### 3. *L'interdiction dans les travaux de codification*

114. L'interdiction du travail forcé en tant que forme d'esclavage ne doit pas être prise à la légère, si l'on songe au temps qu'il a fallu pour éliminer ce phénomène, même s'il survit encore de nos jours. A de nombreuses reprises, l'attention a été appelée sur la lutte sans fin menée à cet égard. En 1958, par exemple, J. H. W. Verzijl a fait observer qu'il était «choquant de devoir reconnaître» que les tentatives faites pour se pencher sur les abus et phénomènes du passé étaient «relativement récentes». Ainsi :

«Il suffira de rappeler les preuves historiques humiliantes attestant que l'abolition formelle de l'esclavage n'a été réalisée qu'avec réticence, petit à petit, au XIX<sup>e</sup> siècle, que des formes cachées ou même ouvertes de servitude existent encore ..., qu'il était encore nécessaire en 1956 de conclure une convention, la convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage ... une sinistre survivance du passé qui existe toujours.»<sup>129</sup>

115. Lorsque, peu après sa création et celle de l'Organisation des Nations Unies elle-même, la Commission du droit international (CDI) a formulé les *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le Jugement de ce tribunal* (1950), elle a fait figurer au nombre des «*crimes de guerre*» la «déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés» (principe VI *b*)); elle a de même fait figurer parmi les «*crimes contre l'humanité*» «la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles» (principe VI *c*)<sup>130</sup>. Codifiés en 1950, ces principes étaient déjà depuis longtemps profondément gravés dans la conscience juridique universelle. Ces crimes étaient de même déjà interdits depuis longtemps par le droit international.

116. Le fait demeure que l'interdiction du travail forcé en tant que forme d'esclavage est bientôt apparue dans les travaux de codification non seulement de la CDI au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, mais aussi du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) au milieu de la dernière décennie. En fait, selon l'étude du CICR intitulée *Droit international humanitaire coutumier*, publiée en 2005, le travail forcé non rémunéré ou abusif

<sup>129</sup> J. H. W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, p. 5-6.

<sup>130</sup> Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 7<sup>e</sup> éd., vol. I, New York, Nations Unies, 2007, p. 265.

sated and abusive forced labour is prohibited; the study asserts that such prohibition of forced labour attained the status of “a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts”<sup>131</sup> (Rule 95).

#### 4. *International Crimes and the Prohibitions of Jus Cogens*

117. The fact remains that, by the time of the Second World War, forced labour as a form of slave work was already prohibited by international law. Well before the Second World War, and indeed before the First World War, its wrongfulness was widely acknowledged. The fact that wrongful practices nevertheless persisted, in times of peace and or armed conflict — as they still persist today — does not mean that there was a legal void in that respect. The prohibitions of international law do not cease to exist because violations occur. Quite on the contrary, such violations entail legal consequences for those responsible for them.

118. Already at the beginning of the twentieth century, the Hague Convention (IV) of 1907 contained, in its preamble, the *célèbre Martens clause* (cf. *supra*), invoking, for cases not included in the adopted regulations annexed to it, “the principles of humanity” and “the dictates of the public conscience” (para. 8). Due attention had been taken not to leave anyone outside the protection granted by the *corpus juris gentium* — by conventional and customary international law — against forced and slave work in armaments industry. Such protection was extended by the *jus gentium* to human beings, well before the sinister nightmare and the horrors of the Third Reich.

119. In this line of thinking, in my previous dissenting opinion (paras. 144-146) in the Court’s Order of 6 July 2010 in the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* (counterclaim), I drew attention (in the light of the submissions of the contending Parties themselves in the present case, not necessarily diverging herein) to the incidence of *jus cogens*, in the absolute prohibition of forced and slave work in the war industry. In this respect, I pondered therein:

“In fact, we can go back — even before the Second Hague Peace Conference (1907) — to the time of the First Hague Peace Conference (1899) (. . .). By the end of the nineteenth century, in the days of the First Hague Peace Conference, there was a sense that States could incur delictual responsibility for mistreatment of persons (e.g., for transfer of civilians for forced labour); this heralded the subse-

<sup>131</sup> ICRC, *Customary International Humanitarian Law* — Vol. I: *Rules* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Geneva/Cambridge, ICRC/Cambridge University Press, 2005, p. 330, and cf. pp. 331-334; and cf. also ICRC, *Customary International Humanitarian Law* — Vol. II: *Practice* — Part I (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Geneva/Cambridge, ICRC/Cambridge University Press, 2005, pp. 2225-2262.

est interdit ; selon l'étude, cette interdiction du travail forcé constitue « une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux »<sup>131</sup> (règle 95).

#### 4. *Les crimes internationaux et les interdictions du jus cogens*

117. Le fait demeure que, lorsque la seconde guerre mondiale a éclaté, le travail forcé était déjà interdit par le droit international comme une forme d'esclavage. Bien avant cette guerre et, de fait, avant la première guerre mondiale, son illicéité était largement reconnue. Le fait que des pratiques illicites aient néanmoins subsisté, en temps de paix ou de conflit armé — comme elles subsistent encore aujourd'hui —, ne signifie pas qu'il y avait un vide juridique à cet égard. Les interdictions du droit international ne disparaissent pas parce que les violations se produisent. Bien au contraire, de telles violations entraînent des conséquences juridiques pour ceux qui en sont responsables.

118. Déjà au début du XX<sup>e</sup> siècle, la convention IV de La Haye (1907) contenait, dans son préambule, la *célèbre clause Martens* (voir *supra*), invoquant, pour les cas qui n'étaient pas couverts par le règlement annexé à la convention, les « lois de l'humanité » et les « exigences de la conscience publique » (par. 8). On avait pris soin de faire en sorte que nul ne soit privé de la protection accordée par le *corpus juris gentium* — par le droit international conventionnel et coutumier — contre le travail forcé assimilable à l'esclavage dans l'industrie de l'armement. Le *jus gentium* faisait bénéficier tous les êtres humains de cette protection, bien avant le sinistre cauchemar et les horreurs du III<sup>e</sup> Reich.

119. Dans le même ordre d'idées, dans ma précédente opinion dissidente (par. 144-146) jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle), j'appelais l'attention (à la lumière des conclusions des Parties elles-mêmes, qui n'étaient pas nécessairement divergentes sur ce point) sur l'incidence du *jus cogens* en ce qui concerne l'interdiction absolue du travail forcé dans l'industrie de guerre. A cet égard, je faisais observer :

« 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)... A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, on estimait, lors de la première conférence de la paix de La Haye, que les Etats pourraient voir leur responsabilité délictuelle engagée en cas de mauvais traitements infligés à des personnes (à raison, par

<sup>131</sup> CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. I: *Règles* (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005, p. 330, et voir p. 331-334; voir aussi CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. II: *Pratique*, première partie (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005, p. 2225-2262.

quent age of criminal responsibility of individual State officials, with the typification of war crimes and crimes against humanity.

The gradual awakening of human conscience led to the evolution from the conceptualization of the *delicta juris gentium* to that of the violations of international humanitarian law (in the form of war crimes and crimes against humanity) — the Nuremberg legacy — and from these latter to that of the *grave* violations of international humanitarian law (with the four Geneva Conventions on international humanitarian law of 1949, and their I Additional Protocol of 1977)<sup>132</sup>. With that gradual awakening of human conscience, likewise, human beings ceased to be *objects* of protection and became reckoned as *subjects* of rights, starting with the fundamental right to life, encompassing the *right of living* in dignified conditions.

Human beings were recognized as *subjects* of rights in all circumstances, in times of peace as well as of armed conflict. As to the former, may it here be briefly recalled that, well before the 1948 Universal Declaration of Human Rights, in the inter-war period, the pioneering experiments of the minorities system and the mandates system under the League of Nations granted direct access to the individuals concerned to international instances (the Minorities Committees and the Permanent Mandates Commission, respectively), in order to vindicate the rights emanated *directly* from the law of nations (the evolving *jus gentium*). As to the latter, likewise, as from the Second Hague Peace Conference of 1907 onwards, human beings were recognized as being entitled to war reparations claims.” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 385-386, paras. 144-146.)

120. This being so, such right to war reparations claims, being recognized well before the end of the Second World War, could not be waived by States in their agreements with other States; it was related to other rights inherent to the human beings victimized by the cruelty and untold human suffering of arbitrary detention, deportation and forced labour in

---

<sup>132</sup> I Geneva Convention, Arts. 49-50; II Geneva Convention, Arts. 50-51; III Geneva Convention, Arts. 129-130; IV Geneva Convention, Arts. 146-147; I Additional Protocol, Arts. 85-88. The I Additional Protocol of 1977 (Art. 85) preferred to stick to the terminology of the four Geneva Conventions of 1949 in this particular respect, and maintained the expression of “grave breaches” on international humanitarian law, in view of the “purely humanitarian objectives” of those humanitarian treaties; yet, it saw it fit to state that “grave breaches” of those treaties (the four Geneva Conventions and the I Additional Protocol) “shall be regarded as war crimes” (Art. 85 (5)). Cf. Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 990 and 1003.

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.

L'éveil progressif de la conscience humaine conduisit à l'évolution allant de la consécration du concept des *delicta juris gentium* à celle des violations du droit international humanitaire (sous la forme des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) — représentant l'héritage de Nuremberg — suivie de celle des violations *graves* du droit international humanitaire (avec les quatre conventions de Genève sur le droit international humanitaire de 1949 et leur protocole additionnel I de 1977)<sup>132</sup>. A la suite de cet éveil progressif de la conscience humaine, les êtres humains cessèrent également d'être un *objet* de protection pour être considérés comme des *sujets* de droits, à commencer par le droit fondamental à la vie, comportant le *droit de vivre dignement*.

Les êtres humains furent reconnus comme *sujets* de droits en toutes 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.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, pp. 385-386, par. 144-146.)

120. Cela étant, les Etats ne peuvent dans leurs accords avec d'autres Etats renoncer à ce droit de revendiquer des réparations de guerre, reconnu bien avant la fin de la seconde guerre mondiale; il était lié à d'autres droits inhérents aux êtres humains victimes de la cruauté et de souffrances indicibles causés par la détention arbitraire, la déportation et

<sup>132</sup> Première convention de Genève, art. 49 et 50; deuxième convention de Genève, art. 50 et 51; troisième convention de Genève, art. 129 et 130; quatrième convention de Genève, art. 146 et 147; protocole additionnel I, art. 85 à 88. Le protocole additionnel I de 1977 (art. 85) a préféré s'en tenir à cet égard à la terminologie des quatre conventions de Genève de 1949 et a conservé l'expression d'«infractions graves» au droit international humanitaire, étant donné les «objectifs purement humanitaires» de ces traités humanitaires; il a néanmoins jugé nécessaire de préciser que les «infractions graves» à ces traités (les quatre conventions de Genève et le protocole additionnel I) «[étaient] considérées comme des crimes de guerre» (art. 85, par. 5). Voir 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.

war industry. I have already considered this point in the present dissenting opinion (cf. Section VII *supra*). In a logical sequence, I deem it now appropriate to turn attention to the oral pleadings of the contending Parties, and the intervening State, on *jus cogens* and removal of immunity, and next to the problem of the opposition of State immunity to the individuals' right of access to justice.

XIII. ORAL PLEADINGS OF THE PARTIES, AND THE INTERVENING STATE,  
ON *JUS COGENS* AND REMOVAL OF IMMUNITY :  
ASSESSMENT

121. As to *jus cogens* and *State immunity*, Germany contends that reference is here made to primary rules of international law and not secondary rules (such as the consequences of violations)<sup>133</sup>. Germany argues that there cannot be an issue of conflict between two rules of general international law, only a question of whether one of them has been modified by the operation of the other, and in the present case, in its view, State practice does not indicate that rules of State immunity have been modified in any way<sup>134</sup>.

122. Italy, in turn, claims that *jus cogens* norms have effects on the realm of State responsibility, also for the prevention of breaches of international law<sup>135</sup>. Italy's position is that in some specific cases, there is a right to lift immunity in order to enforce *jus cogens* rules<sup>136</sup>. Hence the correctness of the decision of the Italian Court of Cassation to lift immunity in such cases of violation of *jus cogens* rules, putting an end to the continuation of the violation by Germany<sup>137</sup>.

123. Greece, for its part, argued that, according to the Greek courts, if rules endowed with a peremptory character have been breached, State immunity cannot be invoked<sup>138</sup>; in its view, the attempt to draw a distinction between a substantive rule (*jus cogens*) and a procedural one (State immunity) does not have a legal value. A procedural rule cannot take precedence over the substantive *jus cogens* rule, since that would be inconsistent with the purpose and *ratio* of the substantive rule, and would result in impunity for the States that have committed such grave breaches of peremptory norms<sup>139</sup>. Moreover — it added — such a distinction

<sup>133</sup> CR 2011/17, pp. 49-50, para. 3; it further argues that *jus cogens* cannot be understood as expressing principles of law of higher value that override all other principles which express less high values.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 53, para. 6.

<sup>135</sup> CR 2011/18, pp. 47-48, para. 25.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 49, para. 28.

<sup>137</sup> *Ibid.*, pp. 56-58, paras. 16-18.

<sup>138</sup> CR 2011/19, p. 36, para. 98.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 37, para. 102.

le travail forcé dans les industries de guerre. J'ai déjà examiné ce point dans la présente opinion dissidente (voir section VII *supra*). Suivant l'ordre logique, je vais maintenant me pencher sur les plaidoiries des Parties et de l'intervenant en ce qui concerne le *jus cogens* et le refus d'accorder l'immunité, puis sur le problème de l'opposition entre immunité de l'Etat et droit d'accès à la justice de l'individu.

XIII. PLAIDOIRIES DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT  
CONCERNANT LE *JUS COGENS* ET LE REFUS D'ACCORDER L'IMMUNITÉ :  
ÉVALUATION

121. En ce qui concerne le *jus cogens* et l'immunité de l'Etat, l'Allemagne soutient que le *jus cogens* concerne les règles primaires du droit international et non les règles secondaires (par exemple les conséquences des violations)<sup>133</sup>. Elle fait valoir qu'il ne peut s'agir d'un conflit entre deux règles de droit international général mais qu'il s'agit uniquement de la question de savoir si une règle a été modifiée par l'effet de l'autre, et, dans la présente affaire, pour l'Allemagne, la pratique des Etats n'indique pas que les règles de l'immunité de l'Etat aient été modifiées d'une manière quelconque<sup>134</sup>.

122. L'Italie, pour sa part, soutient que les normes du *jus cogens* ont des effets dans le domaine de la responsabilité de l'Etat, de même qu'en ce qui concerne la prévention des infractions au droit international<sup>135</sup>. Selon l'Italie, dans certains cas, le droit international permet de refuser d'accorder l'immunité afin de donner effet à des règles du *jus cogens*<sup>136</sup>. C'est pourquoi la décision de la Cour de cassation italienne d'écarter l'immunité en cas de violation de règles du *jus cogens* était correcte, en ce qu'elle mettait fin à la violation continue de l'Allemagne<sup>137</sup>.

123. La Grèce fait quant à elle valoir que, selon les tribunaux grecs, s'il y a eu violation de règles de caractère impératif, l'immunité de l'Etat ne peut être invoquée<sup>138</sup> ; selon elle, il n'était pas juridiquement justifié de tenter d'établir une distinction entre une règle substantielle (le *jus cogens*) et une règle procédurale (l'immunité de l'Etat). Une règle procédurale ne pouvait prévaloir sur une règle substantielle du *jus cogens*, car cela serait incompatible avec l'objet et la raison d'être de la règle substantielle, et reviendrait à accorder l'impunité aux Etats ayant commis des violations graves de normes impératives<sup>139</sup>. De plus — ajoutait-elle — une telle dis-

<sup>133</sup> CR 2011/17, p. 49-50, par. 3; il fait valoir en outre que le *jus cogens* ne peut être compris comme exprimant des principes de droit de valeur supérieure qui primeraient tous les autres principes, exprimant des valeurs moindres.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 53, par. 6.

<sup>135</sup> CR 2011/18, p. 47-48, par. 25.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 49, par. 28.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 56-58, par. 16-18.

<sup>138</sup> CR 2011/19, p. 36, par. 98.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 37, par. 102.

would hamper the right to an effective remedy, as provided for in international instruments<sup>140</sup>; thus, effective access to courts for the enforcement of such rules (with no bar to jurisdiction due to immunity) ought to be recognized<sup>141</sup>.

124. Germany retorted that a decision to set aside immunity would destabilize peace settlements and the principle of *pacta sunt servanda* itself, as all peace treaties would be undermined by individual suits for compensation (and even Italy itself could face such suits)<sup>142</sup>. It also claimed that the common good ought not to be undermined for the individual good — and thus human rights cannot be recognized to be able to jeopardize the structure of the international society.

125. Italy replied that what is requested from the Court is to examine the legality of certain decisions of Italian courts based on a very specific factual background, which makes the present case unique. Thus, the decision of the Court cannot be considered to have the catastrophic consequences that Germany claims that it may have on the whole international legal system<sup>143</sup>. Italy added that its view brings one closer to the “principle of complementarity”, as its argument is that an individual has the right to address his/her national courts only if he/she is unsuccessful before the courts of the State in breach<sup>144</sup>.

126. As to the judgment of the *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case, Greece recounts the proceedings before Greek courts and the decisions thereof, and argues that the Greek Special Supreme Court is not a “constitutional court”; it enjoys such a role only in limited situations regarding the constitutionality of laws and it does not correspond to the courts of other States, the decisions of which take precedence within their legal order<sup>145</sup>. Thus, the impact of the decision in the Greek legal order raises some questions, but cannot be considered as having reversed the decision of *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case<sup>146</sup>.

127. In this respect, Germany claims that, despite the arguments raised by Greece, it is a fact that following the Special Supreme Court’s decision on the *Margellos* case, the Greek legal order does not recognize any limitation to sovereign immunity for acts *jure imperii*, as the decision of that

<sup>140</sup> CR 2011/19, p. 38, para. 106.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> CR 2011/17, pp. 55-56, para. 13. It further claimed that there is a risk of creating a culture of “*forum shopping*”, which would cause serious problems in international relations and would create an issue for the ownership of property abroad; *ibid.*, p. 59, para. 18.

<sup>143</sup> CR 2011/21, pp. 14-16, paras. 4-7. Italy further questioned whether the risk of “*forum shopping*”, as argued by Germany, is a real risk or not; Italy claimed that its argument and that of the Italian Court of Cassation have nothing to do with any sort of “universal civil jurisdiction”; *ibid.*, pp. 49-50, paras. 31-33.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pp. 49-50, paras. 31-33.

<sup>145</sup> CR 2011/19, pp. 23-24.

<sup>146</sup> *Ibid.*, pp. 23-24, paras. 43 and 46.

inction entraverait l'exercice du droit à un recours effectif consacré dans divers instruments internationaux<sup>140</sup>; ainsi, l'accès effectif aux tribunaux pour faire respecter de telles règles (sans que l'immunité fasse obstacle à la compétence) devait être reconnu<sup>141</sup>.

124. L'Allemagne a répondu à cela que décider d'écarter l'immunité déstabiliserait les règlements de paix et le principe *pacta sunt servanda* lui-même, car tous les traités de paix seraient compromis par des actions individuelles en réparation (l'Italie elle-même pourrait se trouver confrontée à de tels procès)<sup>142</sup>. Elle faisait aussi valoir que l'intérêt collectif ne devait pas être mis en péril par celui de l'individu, et qu'on ne pouvait permettre que les droits de l'homme portent ainsi atteinte à la structure de la société internationale.

125. L'Italie a répondu que ce qui était demandé à la Cour était d'examiner la légalité de certaines décisions de tribunaux italiens sur la base d'un contexte factuel très précis, qui rendait la présente affaire unique. Ainsi, la décision que rendrait la Cour ne pouvait être considérée comme risquant d'avoir les conséquences catastrophiques sur l'ensemble de l'ordre juridique international qu'invoquait l'Allemagne<sup>143</sup>. L'Italie ajoutait que sa position se rapprochait du «principe de complémentarité», puisqu'elle faisait valoir qu'un individu ne pouvait saisir ses tribunaux nationaux que s'il avait vainement saisi ceux de l'Etat auteur de la violation<sup>144</sup>.

126. Quant au jugement de l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*, la Grèce relate la procédure devant les tribunaux grecs et les décisions de ceux-ci, et affirme que la Cour suprême spéciale grecque n'est pas une «cour constitutionnelle»; elle n'a vocation à apprécier la constitutionnalité des lois que dans un nombre limité de situations et elle n'est pas assimilable aux cours constitutionnelles d'autres Etats, dont les décisions ont valeur de précédent dans leur ordre juridique interne<sup>145</sup>. Ainsi, l'impact de cette décision dans l'ordre juridique grec soulève des questions, mais on ne peut considérer qu'il a inversé la décision rendue par l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*<sup>146</sup>.

127. A cet égard, l'Allemagne soutient que, quoi qu'en dise la Grèce, c'est un fait que, à la suite de la décision de la Cour spéciale suprême dans l'affaire *Margellos*, l'ordre juridique grec ne reconnaît aucune limite à l'immunité souveraine pour les actes *jure imperii*, puisque la décision de

<sup>140</sup> CR 2011/19, p. 38, par. 106.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> CR 2011/17, p. 55-56, par. 13. L'Allemagne affirme également qu'on risque ainsi de créer une culture du «*forum shopping*», ce qui causerait de graves problèmes dans les relations internationales et poserait un problème s'agissant des biens dont les Etats sont propriétaires à l'étranger; *ibid.*, p. 59, par. 18.

<sup>143</sup> CR 2011/21, p. 14-16, par. 4-7. L'Italie contestait également qu'il existât, comme le faisait valoir l'Allemagne, un risque réel de «*forum shopping*»; pour l'Italie, sa position et celle de la Cour de cassation italienne n'avaient rien à voir avec une quelconque «compétence civile universelle»; *ibid.*, p. 49-50, par. 31-33.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 49-50, par. 31-33.

<sup>145</sup> CR 2011/19, p. 23-24.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 23-24, par. 43 et 46.

court is a binding precedent for all Greek courts<sup>147</sup>. Germany also argues that the recognition and the enforcement of the Greek decision in the *Distomo* case by the Italian courts violated Germany's immunity<sup>148</sup>. In this regard, Germany also notes the acceptance of the Agent of Italy regarding the illegality of the judicial mortgage on the Villa Vigoni and the will of Italy to remedy the situation<sup>149</sup>.

128. Italy argues that the enforcement of the *Distomo Massacre* judgment was not a consequence of the alleged “*forum shopping*” created by the *Ferrini* decision, and that there is no principle that renders any foreign State immune for recognitions proceedings. Furthermore, it argues that since the Greek courts had not recognized immunity to Germany based on the same justifications and on similar circumstances as those of the *Ferrini* case, Italy had no duty to accord immunity to Germany<sup>150</sup>.

129. In my understanding, what jeopardizes or destabilizes the international legal order are the international crimes and not individual suits for reparation in the search for justice. In my perception, what troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice. When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are not at all acts *jure imperii*. They are anti-judicial acts, they are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. This would block the access to justice, and impose impunity. It is, in fact, the opposite that should take place: breaches of *jus cogens* bring about the removal of claims of State immunity, so that justice can be done.

#### XIV. STATE IMMUNITY *V.* THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE

##### 1. *The Prevailing Tension in the Case Law of the European Court of Human Rights*

###### (a) *The Al-Adsani case (2001)*

130. The tension between the right of access to justice and State immunity has been present in the recent case law of the European Court of Human Rights (ECHR). The leading case of *Al-Adsani v. United Kingdom* (2001) concerned the claim of a dual British/Kuwaiti national against the United Kingdom, wherein he argued that British courts had failed, in

<sup>147</sup> CR 2011/20, p. 19, para. 10.

<sup>148</sup> *Ibid.*, pp. 28-29, paras. 28-30.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 29, para. 31.

<sup>150</sup> CR 2011/21, pp. 28-29, paras. 1-4.

cette cour est un précédent qui s'impose à tous les tribunaux grecs<sup>147</sup>. Elle soutient aussi que la reconnaissance et l'exécution de la décision grecque rendue dans l'affaire *Distomo* par les tribunaux italiens ont violé son immunité<sup>148</sup>. A cet égard, l'Allemagne relève également que l'agent de l'Italie a admis l'illégalité de l'hypothèque judiciaire prise sur la Villa Vigoni et la volonté de l'Italie de remédier à cette situation<sup>149</sup>.

128. L'Italie fait valoir que l'exécution du jugement rendu dans l'affaire *Distomo* n'a pas été la conséquence du «*forum shopping*» qu'aurait créé la décision *Ferrini*, et qu'aucun principe ne confère d'immunité à l'Etat en matière d'exequatur. Elle fait en outre valoir que, puisque les tribunaux grecs n'ont pas reconnu l'immunité à l'Allemagne pour les mêmes raisons que dans l'affaire *Ferrini* et dans des circonstances similaires, elle n'avait aucune obligation d'accorder l'immunité à l'Allemagne<sup>150</sup>.

129. Selon moi, ce qui compromet ou déstabilise l'ordre juridique international, ce sont les crimes internationaux et non les actions en réparation engagées par des individus souhaitant obtenir justice. A mon avis, c'est l'occultation de tels crimes internationaux associés à l'impunité dont bénéficient leurs auteurs, et non la quête de justice des victimes, qui trouble l'ordre international. Lorsqu'un Etat mène une politique criminelle consistant à assassiner des segments de sa propre population et de la population d'autres Etats, il ne peut, ultérieurement, se protéger en invoquant les immunités souveraines, qui n'ont jamais été conçues à cette fin. Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui constituent des crimes internationaux ne sont pas du tout des actes *jure imperii*. Il s'agit d'actes antijuridiques, de violations du *jus cogens*, que l'on ne peut tout simplement pas faire disparaître ou jeter aux oubliettes en invoquant l'immunité de l'Etat. Cela bloquerait l'accès à la justice et ferait triompher l'impunité. En fait, c'est l'opposé qui devrait se produire: les violations du *jus cogens* écartent les revendications d'immunité souveraine de manière à ce que justice puisse être faite.

#### XIV. L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT CONTRE LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE

##### 1. La tension existant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

###### a) L'affaire *Al-Adsani* (2001)

130. La tension entre le droit d'accès à la justice et l'immunité de l'Etat s'est manifestée dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). L'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2001), qui a fait date, avait son origine dans une requête d'une personne ayant la double nationalité britannique et koweïtienne qui faisait valoir que les

<sup>147</sup> CR 2011/20, p. 19, par. 10.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 28-29, par. 28-30.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 29, par. 31.

<sup>150</sup> CR 2011/21, p. 28-29, par. 1-4.

breach of Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights, to protect his right of access to a court by granting State immunity to Kuwait, against which he had brought a civil suit for torture suffered while he was detained by the authorities in Kuwait.

131. In its judgment of 21 November 2001, the ECHR (Grand Chamber), while accepting that the prohibition of torture has acquired the status of a norm of *jus cogens* in international law, nevertheless found itself unable to discern any firm basis for the conclusion that a State “no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged”<sup>151</sup>. This decision of the ECHR (Grand Chamber) was taken by nine votes to eight<sup>152</sup>. The shortcomings of the majority’s reasoning are well formulated in the joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić; they rightly concluded that, when there is a conflict between a *jus cogens* norm and any other rule of international law, the former prevails, with the consequence that the conflicting rule does not have legal effects which contradict the content of the preemptory rule<sup>153</sup>.

132. In my understanding, the dissenting judges touched upon the crux of the matter in the majority’s reasoning. Unlike the majority, they duly drew the necessary consequence of the finding that the prohibition of torture has attained the status of *jus cogens*, namely: a State cannot hide itself behind the rules of State immunity in order to evade the consequences of its actions and to avoid civil proceedings for a claim of torture before a foreign jurisdiction<sup>154</sup>. The dissenting judges also reasoned that the distinction drawn by the majority between criminal and civil proceedings is not in line with the very essence of the operation of *jus cogens* rules: indeed, the criminal or civil nature of the proceedings at issue is not material, as what really matters is the fact that there was a violation of a *jus cogens* norm and thus any jurisdictional bar has to be lifted “by the very interaction of the international rules involved”<sup>155</sup>.

133. Similarly, in his dissenting opinion, Judge Loucaides pondered that, once it is accepted that the prohibition of torture is indeed a *jus cogens* norm, the consequence is that no immunity can be invoked in respect of proceedings whose object is the attribution of responsibility for acts of torture<sup>156</sup>. It is indeed regrettable that the reasoning of the Court’s majority failed to draw the relevant conclusions of the finding that the

<sup>151</sup> ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, paras. 59-61.

<sup>152</sup> On the question of the alleged violation of Article 6 of the Convention.

<sup>153</sup> ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 1.

<sup>154</sup> *Ibid.*, para. 3.

<sup>155</sup> *Ibid.*, para. 4.

<sup>156</sup> *Ibid.*, dissenting opinion of Judge Loucaides, p. 1.

tribunaux britanniques, en violation des articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme, n'avaient pas protégé son droit d'accès à un tribunal en accordant l'immunité à l'Etat koweïtien, contre lequel il avait engagé une procédure devant les tribunaux civils en invoquant les tortures subies alors qu'il était détenu par les autorités au Koweït.

131. Dans son arrêt du 21 novembre 2001, la CEDH (Grande Chambre), tout en reconnaissant que l'interdiction de la torture avait acquis le statut de norme de *jus cogens* en droit international, s'est néanmoins déclarée incapable de discerner aucun élément solide lui permettant de conclure qu'un Etat «ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture»<sup>151</sup>. Cette décision a été adoptée par la CEDH (Grande Chambre) par neuf voix contre huit<sup>152</sup>. Les carences du raisonnement majoritaire sont bien formulées dans l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflich, auxquels se sont joints les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić; ils conclurent à juste titre que, lorsqu'il y a conflit entre une norme du *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première prévaut, avec la conséquence que la règle en conflit avec elle n'a pas d'effets juridiques contredisant le contenu de la norme impérative<sup>153</sup>.

132. A mon avis, les juges dissidents ont relevé la carence fondamentale du raisonnement de la majorité. A la différence de celle-ci, ils ont dûment tiré la conséquence nécessaire de la conclusion selon laquelle l'interdiction de la torture avait acquis le statut de norme du *jus cogens*, à savoir qu'un Etat ne peut s'abriter derrière les règles de l'immunité de l'Etat pour se soustraire aux conséquences de ses actes et échapper à une procédure civile découlant d'allégations de torture devant un tribunal étranger<sup>154</sup>. Les juges dissidents ont aussi fait valoir que la distinction faite par la majorité entre la procédure civile et la procédure pénale ne s'accordait pas avec la finalité même des règles de *jus cogens*: ils considèrent que la nature pénale ou civile de la procédure n'est pas pertinente, car ce qui compte réellement est le fait qu'il y a eu violation d'une norme du *jus cogens* et qu'ainsi l'obstacle juridictionnel a été écarté «par l'interaction même des règles internationales en jeu»<sup>155</sup>.

133. De même, dans son opinion dissidente, le juge Loucaides a fait observer que, une fois que l'on acceptait que l'interdiction de la torture était effectivement une norme du *jus cogens*, il en découlait qu'aucune immunité ne pouvait être invoquée dans le cadre d'une procédure visant à attribuer à une partie la responsabilité d'actes de torture<sup>156</sup>. Il est effectivement regrettable que dans son raisonnement la majorité de la Cour

<sup>151</sup> CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 59-61.

<sup>152</sup> Sur la question de la violation alléguée de l'article 6 de la convention.

<sup>153</sup> CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflich, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić, par. 1.

<sup>154</sup> *Ibid.*, par. 3.

<sup>155</sup> *Ibid.*, par. 4.

<sup>156</sup> *Ibid.*, opinion dissidente du juge Loucaides, p. 1.

prohibition of torture is a *jus cogens* norm, which would entail, in the circumstances of the *Al-Adsani* case, an invalidating effect on the plea of State immunity<sup>157</sup>. Yet, the Court's majority at least accepted the customary law nature of rules on State immunity, with the recognition of their state of transition and of the possibility of imposing limitations upon them (even when States act *jure imperii*), which seems to leave the door open for future developments in the correct line<sup>158</sup>.

134. In the present case of *Germany v. Italy* before this Court, Italian courts rightly drew the necessary legal conclusion on the effect of violations of norms that have the status of *jus cogens* upon the plea for State immunity in relation to civil claims. The facts underpinning the present case constitute violations of peremptory norms, and the responsibility of Germany for these violations is not contested. Thus, in the line of the right reasoning of the dissenting judges in the case of *Al-Adsani* before the ECHR, the consequence is that Germany cannot hide behind rules of State immunity to avoid proceedings relating to reparations for violations of *jus cogens* norms before a foreign jurisdiction (Italy). In this regard, it should not pass unnoticed that, unlike in the *Al-Adsani* case, where the complained conduct did not take place in the forum State (but rather in Kuwait), some of the claims lodged with Italian courts pertained to crimes committed in whole or in part on the territory of Italy itself<sup>159</sup>.

(b) *The McElhinney case (2001)*

135. The *McElhinney v. Ireland* case (2001) concerned a claim for damages, pertaining to a legal action lodged in Ireland against both the British soldier who shot the claimant and the Secretary of State for Northern Ireland. The domestic courts rejected his claim on the basis of the plea of immunity submitted by the United Kingdom. The ECHR (Grand Chamber), in its judgment of 21 November 2001, held that, while there appeared to be “a trend in international and comparative law towards limiting State immunity” for personal injury caused by an act or omission committed in the territory of the forum State, the practice was “by no means universal” (para. 38). It then found, by twelve votes to five, that the decisions of the Irish courts had not exceeded “the margin of appreciation in limiting an individual’s right to access to court” (para. 40).

136. Two of the five dissenting judges (Rozakis and Loucaides), in their respective individual dissenting opinions, held that the majority’s decision did not take into account developments in international law, and

<sup>157</sup> Cf. Ch. L. Rozakis, “The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights”, 61 *Revue hellénique de droit international* (2008), pp. 579-680.

<sup>158</sup> Cf. *ibid.*, p. 593.

<sup>159</sup> CR 2011/18, pp. 41-46.

n'ait pas tiré les conclusions qui découlaient de la constatation que l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens*, ce qui, dans les circonstances de l'affaire *Al-Adsani*, aurait invalidé l'invocation de l'immunité souveraine<sup>157</sup>. Pourtant, la majorité de la Cour a au moins admis le caractère de droit coutumier des règles sur l'immunité de l'Etat, en reconnaissant qu'elles étaient en transition et qu'il était possible de leur imposer des limites (même lorsque les Etats agissaient *jure imperii*), ce qui semble laisser la porte ouverte à une évolution future dans la bonne direction<sup>158</sup>.

134. Dans la présente affaire opposant l'Allemagne à l'Italie, c'est à juste titre que les tribunaux italiens ont tiré la conclusion juridique nécessaire de l'effet des violations de normes qui ont le statut de *jus cogens* sur l'invocation de l'immunité de l'Etat dans des procédures civiles. Les faits dont découle la présente affaire constituent des violations des normes impératives, et la responsabilité de l'Allemagne n'est pas contestée s'agissant de ces violations. Ainsi, comme l'ont soutenu à juste titre les juges dissidents dans l'affaire *Al-Adsani* dont a connu la CEDH, la conséquence est que l'Allemagne ne peut se cacher derrière les règles de l'immunité de l'Etat pour se soustraire à des actions en réparation engagées devant une juridiction étrangère (Italie) pour des violations de normes du *jus cogens*. A cet égard, il convient de remarquer qu'à la différence de l'affaire *Al-Adsani*, dans laquelle les faits visés n'avaient pas eu lieu dans l'Etat du for (mais au Koweït), certaines des demandes introduites devant les tribunaux italiens concernaient des crimes commis totalement ou en partie sur le territoire italien lui-même<sup>159</sup>.

b) *L'affaire McElhinney (2001)*

135. L'affaire *McElhinney c. Irlande (2001)* concernait une demande en dommages-intérêts, touchant une action en justice introduite en Irlande contre le militaire britannique qui avait tiré sur le requérant et contre le Secrétaire d'Etat à l'Irlande du Nord. Les tribunaux internes ont débouté le requérant, le Royaume-Uni ayant invoqué l'immunité. La CEDH (Grande Chambre), dans son arrêt du 21 novembre 2001, a jugé que, s'il semblait exister en droit international et comparé «une tendance à limiter l'immunité des Etats» en cas de dommages corporels dus à un acte ou à une omission survenus dans l'Etat du for, cette pratique n'était «nullement universelle» (par. 38). Elle a donc décidé, par douze voix contre cinq, que les décisions des juridictions irlandaises n'avaient pas outrepassé «la marge d'appréciation reconnue aux Etats quand il s'agit de limiter le droit d'accès d'un individu à un tribunal» (par. 40).

136. Deux des cinq juges dissidents (les juges Rozakis et Loucaides), dans leurs opinions dissidentes respectives, ont considéré que la décision de la majorité ne tenait pas compte de l'évolution du droit international et

<sup>157</sup> Voir Ch. L. Rozakis, «The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights», *Revue hellénique de droit international*, vol. 61 (2008), p. 579-680.

<sup>158</sup> Voir *ibid.*, p. 593.

<sup>159</sup> CR 2011/18, p. 41-46.

disproportionately restricted the right of access to courts, unduly affecting and impairing the essence of this right. Judge Loucaides added that

“The international law immunities originated at a time when individual rights were practically non-existent and when States needed greater protection from possible harassment through abusive judicial proceedings. The doctrine of State immunity has in modern times been subjected to an increasing number of restrictions, the trend being to reduce its application in view of developments in the field of human rights which strengthen the position of the individual.” (Para. 4.)

137. The other three dissenting judges (Cafisch, Cabral Barreto and Vajić), in their joint dissenting opinion, also supported compliance with the right of access to courts under Article 6 (1) of the European Convention (disproportionately restricted in the present case), as under Article 12 of the UN Convention on the Jurisdictional Immunity of States and their Property, there was at present “no international *duty*, on the part of States, to grant immunity to other States in matters of torts caused by the latter’s agents”. They further pondered that

“The principle of State immunity has long ceased to be a blanket rule exempting States from the jurisdiction of courts of law. (. . .) [T]he edifice of absolute immunity of jurisdiction (and even of execution) began to crumble, in the first quarter of the twentieth century, with the advent of State trading (. . .).

(. . .) [E]xceptions to absolute immunity have gradually come to be recognized by national legislators and courts, initially in continental Western Europe and, much later, in common law countries (. . .)

The exceptions in question have also found their way into the international law on State immunity, especially the tort exception.” (Paras. 2-4.)

138. In the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court, it is telling — as Italy argues — that the claimants pursued their suit before German courts, which did not find in their favour. Thus, the reasoning of the ECHR in the *McElhinney* case, that it was open to the applicant to bring a legal action in Northern Ireland (as he in fact did), is not readily applicable to the circumstances of the present case before this Court, as the original claimant did pursue other avenues before turning to Italian courts: in the present case there was no other reasonable alternative means to protect the rights at stake effectively<sup>160</sup>.

<sup>160</sup> Cf. Counter-Memorial of Italy, para. 4.100. Cf. also Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9, where Italy states that “had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation”.

restreignait de manière disproportionnée le droit d'accès à un tribunal, portant indûment atteinte à l'essence de ce droit. Le juge Loucaides ajoutait :

«Les immunités du droit international sont nées à une époque où les droits individuels n'existaient pratiquement pas et où les Etats avaient besoin de se protéger davantage contre un éventuel harcèlement sous la forme de procédures judiciaires abusives. A l'époque moderne, la théorie de l'immunité de l'Etat fait de plus en plus l'objet de restrictions, la tendance étant à réduire son application en raison de l'évolution qui a eu lieu dans le domaine des droits de l'homme et qui renforce la position de l'individu.» (Par. 4.)

137. Les trois autres juges dissidents (les juges Caffisch, Cabral Barreto et Vajić), dans leur opinion dissidente commune, ont également défendu le respect du droit d'accès à un tribunal consacré au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne (restreint de manière disproportionnée en l'espèce), indiquant que, aux termes de l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, les Etats n'ont «aucune obligation internationale d'accorder l'immunité à d'autres Etats quand des actes dommageables d'agents de ceux-ci sont en cause». Ils ont fait observer ce qui suit :

«Le principe de l'immunité des Etats a cessé depuis longtemps d'être une règle générale faisant échapper les Etats à la compétence des tribunaux... [l]a construction de l'immunité absolue de juridiction (et même d'exécution) a commencé à se fissurer dans le premier quart du XX<sup>e</sup> siècle, avec l'avènement de l'Etat commerçant...

... Les législateurs et tribunaux nationaux, d'abord en Europe occidentale continentale et, beaucoup plus tard, dans les pays de la *common law*, ont peu à peu reconnu les exceptions à l'immunité absolue...

Les exceptions dont il s'agit, en particulier celles relatives aux quasi-délits, se sont aussi introduites dans le droit international régissant l'immunité des Etats.» (Par. 2-4.)

138. Dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* dont la Cour est saisie, il est révélateur, comme le fait valoir l'Italie, que les plaignants aient saisi les tribunaux allemands, qui les ont déboutés. Ainsi, le raisonnement de la CEDH dans l'affaire *McElhinney*, selon lequel le requérant avait la faculté de saisir la justice en Irlande du Nord (ce qu'il a effectivement fait), ne peut être appliqué tel quel aux circonstances de la présente affaire, puisque le plaignant initial a bien recouru à d'autres voies de droit avant de se tourner vers les tribunaux italiens : dans la présente espèce, il n'y avait pas d'autre moyen raisonnable de protéger efficacement les droits en cause<sup>160</sup>.

<sup>160</sup> Voir contre-mémoire de l'Italie, par. 4.100. Voir également réponses écrites de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 9, document dans lequel l'Italie déclare que, «si les juges nationaux n'avaient pas écarté l'immunité, il ne serait resté aux victimes de crimes de guerre aucun autre moyen d'obtenir réparation».

(c) *The Fogarty case (2001)*

139. The case of *Fogarty v. United Kingdom* (judgment of 21 November 2001) concerned an employment-related dispute (an allegation of victimization and discrimination by a former employee of the US Embassy in London). The ECHR observed in this case that there was a trend in international and comparative law towards limiting State immunity with respect to employment-related disputes. It further noted that the ILC did not intend to exclude the application of State immunity when the subject of the proceedings was recruitment, including recruitment to a diplomatic mission.

140. The ECHR concluded that State practice concerning employment of individuals by an embassy of a foreign State is not uniform. The ECHR observed that the limitations applied to the right of access to court must “not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired” (para. 33), but decided as in the other aforementioned cases. In the circumstances of the present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court, it seems, however, as Italy argued, that “no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation”<sup>161</sup>.

(d) *The Kalogeropoulou and Others case (2002)*

141. Last but not least, the case of *Kalogeropoulou and Others* (2002) was brought by applicants who were relatives of the victims of the Distomo massacre. The applicants raised complaints under Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. The ECHR’s Chamber seized of the case declared it inadmissible (decision of 12 December 2002), even though, unlike the case of *Al-Adsani*, this case of *Kalogeropoulou and Others* pertained to crimes against humanity committed in the territory of the forum State (i.e., Greece). Notwithstanding, the Court’s Chamber’s decision rested on the premise that the right of access to court may be subject to limitations (proportionate to the aim pursued). Such limitations, however, in my understanding cannot impair the very essence of the right of access to court.

142. The conclusion reached by the Court’s Chamber was that some restrictions on access to court ought to be regarded as inherent to fair trial, and it referred to State immunity; but it added that this “does not preclude a development in customary international law in the future” (p. 9). This statement seems to go slightly further than the finding in the *Al-Adsani* and the *McElhinney* precedents, which did not expressly articulate this “open door” for future developments. Even if such an “open door” for future developments may not appear an entirely sufficient finding of the ECHR’s Chamber, it thus at least reckoned, one decade ago

<sup>161</sup> Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9.

c) *L'affaire Fogarty (2001)*

139. L'affaire *Fogarty c. Royaume-Uni* (arrêt du 21 novembre 2001) concernait un litige en matière d'emploi (une allégation de victimisation et de discrimination formulée par une ex-employée de l'ambassade des Etats-Unis à Londres). La CEDH a dans cette affaire fait observer qu'il existait une tendance en droit international et comparé à limiter l'immunité des Etats dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi. Elle a de plus relevé que la CDI n'entendait pas exclure l'application de l'immunité des Etats lorsque la procédure avait pour objet l'engagement d'une personne, y compris l'engagement sur un poste d'une mission diplomatique.

140. La CEDH a conclu que la pratique des Etats concernant l'emploi d'individus par l'ambassade d'un Etat étranger n'était pas uniforme. Elle a fait observer que les limitations au droit d'accès à un tribunal «ne restreign[aien]t pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même» (par. 33), mais elle a tranché comme dans les affaires susmentionnées. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, il semble, comme l'a fait valoir l'Italie, qu'«il ne serait resté aux victimes de crimes de guerre aucun autre moyen d'obtenir réparation»<sup>161</sup>.

d) *L'affaires Kalogeropoulou et autres (2002)*

141. Enfin, mais non moins importante, l'affaire *Kalogeropoulou et autres* (2002) concerne une procédure engagée par des parents des victimes du massacre de Distomo. Les requérants invoquaient l'article 6 de la convention européenne et l'article premier du protocole n° 1 à celle-ci. La Chambre de la CEDH saisie de l'affaire déclara la requête irrecevable (décision du 12 décembre 2002) alors que, comme cela n'était pas le cas dans l'affaire *Al-Adsani*, la requête concernait des crimes contre l'humanité commis sur le territoire de l'Etat du for (c'est-à-dire la Grèce). Ce nonobstant, la décision de la Chambre de la Cour reposait sur le postulat que le droit d'accès à un tribunal pouvait être soumis à des restrictions (proportionnelles au but poursuivi). Néanmoins, selon moi, de telles restrictions ne sauraient porter atteinte à l'essence même du droit d'accès à un tribunal.

142. La conclusion à laquelle la Chambre de la Cour est parvenue était que certaines restrictions au droit d'accès à un tribunal devaient être considérées comme inhérentes à la garantie d'un procès équitable, et elle a mentionné l'immunité des Etats; mais elle a ajouté «ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur» (p. 9). Ce prononcé semble aller un peu plus loin que ce qu'a jugé la Cour dans les affaires *Al-Adsani* et *McElhinney*, qui ne laissaient pas expressément la «porte ouverte» à des développements futurs. Même si cette conclusion selon laquelle «une porte est ouverte» pour des développements futurs ne

<sup>161</sup> Réponses écrites de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 9.

(in 2002), that the law on the matter at issue was undergoing a process of transition<sup>162</sup>.

## 2. *The Prevailing Tension in the Case Law of National Courts*

143. The aforementioned tension, prevailing also in the case law of national courts, was the object of attention of the contending Parties in their oral pleadings before the Court, particularly in their respective views of the judgment of the Italian Court of Cassation in the *Ferrini* case (2004). Germany claimed that the *Corte di Cassazione* decided to substitute itself for the legislator and introduce a new rule, which has not yet gained international support in State practice and judicial decisions of other States<sup>163</sup>; it further contended that the practice of domestic courts shows recognition of the rule of State immunity even in cases of international crimes<sup>164</sup>. Germany concluded on this point that the *Ferrini* judgment of the *Corte di Cassazione* remained, in its view, an isolated decision in State practice, and that jurisdictional immunity in respect of acts *jure imperii* remains a firm rule in international law<sup>165</sup>.

144. Italy, in turn, argued that the *Ferrini* decision did not harm the rule of immunity, which still remains fundamental, but rather redefined it in order to ensure compliance with the basic obligations of the international community<sup>166</sup>; sovereign immunity for acts *jure imperii* is not to be regarded as absolute, as it is subject to exceptions such as the tort exception. It is, in its view, for national courts to classify and define the acts of a foreign State in order to decide whether they are covered by immunity or not<sup>167</sup>. Italy further contended that, in the *Ferrini* case, the *Corte di Cassazione* also ensured the effective access to justice for victims of violations, which has two constitutive elements: the right to a fair trial and the right to reparation. Since, according to the German courts, Mr. Ferrini and the other vic-

<sup>162</sup> The Court's Chamber placed much emphasis on the fact that it was necessary, under Greek law, that the Minister of Justice authorized enforcement proceedings (Article 923 of the Greek Code of Civil Procedure), which was not obtained in the case at issue (cf. pp. 11-12). In this sense, the *Ferrini* case in Italy can be distinguished on this basis, since in Italy the consent of the Minister of Justice does not seem to be necessary for enforcement proceedings.

<sup>163</sup> CR 2011/17, pp. 21-22, and pp. 29-31, paras. 16-17, and pp. 27-28, paras. 13-14.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 33, para. 27, and cf. para. 26. It further argued that the *Ferrini* judgment did not distinguish between substantive and procedural rules, besides disregarding the systemic context of war reparations, which allegedly falls under the exclusive competence of States and are based on mutual understandings (or the action of the Security Council); *ibid.*, p. 25, para. 9. Germany claimed, moreover, that the judgment in the *Ferrini* case confused the concepts of personal and State immunity; *ibid.*, pp. 26-27, paras. 10-12.

<sup>165</sup> *Ibid.*, pp. 61-62.

<sup>166</sup> CR 2011/18, p. 60, para. 24.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 13, para. 9, and p. 16, para. 3.

semble pas tout à fait suffisante pour la Chambre de la CEDH, elle a au moins ainsi reconnu, il y a une décennie (en 2002), que le droit en la matière était en transition<sup>162</sup>.

## 2. La tension existant dans la jurisprudence des tribunaux internes

143. La tension susmentionnée, qui existe également dans la jurisprudence des tribunaux internes, a retenu l'attention des Parties dans le cadre de leurs plaidoiries devant la Cour, en particulier lorsqu'elles ont exprimé leur opinion sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Ferrini* (2004). L'Allemagne a affirmé que la *Corte di Cassazione* avait décidé de se substituer au législateur et d'introduire une nouvelle règle, qui n'était pas encore étayée au niveau international par la pratique des Etats et la jurisprudence d'autres Etats<sup>163</sup> ; elle a également fait valoir que la pratique des tribunaux internes attestait que la règle de l'immunité des Etats était reconnue même dans le cas de crimes internationaux<sup>164</sup>. Sur ce point, l'Allemagne concluait que l'arrêt *Ferrini* de la *Corte di Cassazione* demeurerait selon elle une décision isolée dans la pratique des Etats et que l'immunité juridictionnelle à raison des actes *jure imperii* demeurerait une règle solidement établie en droit international<sup>165</sup>.

144. L'Italie a quant à elle fait valoir que la décision *Ferrini* ne portait pas atteinte à la règle de l'immunité, qui demeurerait essentielle, mais la redéfinissait afin d'assurer le respect des obligations fondamentales de la communauté internationale<sup>166</sup> ; l'immunité souveraine pour les actes *jure imperii* ne devait pas être considérée comme absolue, car elle était soumise à des exceptions comme l'exception délictuelle. Selon elle, il appartenait aux tribunaux nationaux de classer et de définir les actes d'un Etat étranger pour décider s'ils étaient ou non couverts par l'immunité<sup>167</sup>. L'Italie faisait valoir en outre que, comme dans l'affaire *Ferrini*, la *Corte di Cassazione* garantissait également l'accès effectif à la justice aux victimes de violations, ce qui comportait deux éléments constitutifs : le droit à un procès équitable et le droit à réparation.

<sup>162</sup> La Chambre de la Cour a beaucoup insisté sur le fait qu'il était nécessaire, en droit grec, que le ministre de la justice autorise les procédures d'exécution (article 923 du code grec de procédure civile), une autorisation qui n'avait pas été obtenue en l'espèce (voir p. 11-12). En ce sens, l'affaire *Ferrini* jugée en Italie est différente, puisqu'en Italie le consentement du ministre de la justice ne semble pas être nécessaire pour engager une procédure d'exécution.

<sup>163</sup> CR 2011/17, p. 21-22, p. 29-31, par. 16-17, et p. 27-28, par. 13-14.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 33, par. 27, et voir par. 26. Elle affirmait en outre que la décision *Ferrini* ne distinguait pas entre les règles de fond et les règles de procédure, outre qu'elle ne tenait pas compte du contexte systémique des réparations de guerre qui, selon elle, relevaient de la compétence exclusive des Etats et reposaient sur des accords mutuels (ou l'action du Conseil de sécurité); *ibid.*, p. 25, par. 9. L'Allemagne affirmait en outre que l'arrêt *Ferrini* confondait les notions d'immunité personnelle et d'immunité de l'Etat; *ibid.*, p. 26-27, par. 10-12.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 61-62.

<sup>166</sup> CR 2011/18, p. 60, par. 24.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 13, par. 9, et p. 16, par. 3.

tims were not entitled to reparations based on German legislation, they could only have recourse to the Italian courts, and the *Corte di Cassazione* had thus to adjust the principle of immunity so as to preserve the coherence of the international rules that apply in this case<sup>168</sup>.

145. The decision of the *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case (2004) was just one of the relevant decisions of the national courts invoked by the contending Parties (Germany and Italy) and the intervening State (Greece) in the course of the proceedings of the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court. In the course of the proceedings, the contending Parties as well as the intervening State referred to other pertinent decisions of national courts, in order to substantiate their arguments on the matter at issue. Thus, in so far as the practice of national courts pertaining to State immunity is concerned, for example, Germany referred, in support of its claims, to a recent summary decision of the Israeli District Court of Tel Aviv-Yafo<sup>169</sup>, to a decision of the Federal Court in Rio de Janeiro<sup>170</sup>, and to another decision of the Polish Supreme Court<sup>171</sup>.

146. Italy, for its part, countered the claimant's argument by contending that "when confronted with claims arising from breaches of *jus cogens* rules, domestic courts have taken different views as regards the question of the immunity enjoyed by the wrongdoing State"<sup>172</sup>. In support of this contention, Italy cites, in addition to the aforementioned judgments of the Greek *Areios Pagos* in the *Distomo Massacre* case and of the Italian *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case, two other recent judgments, respectively from the Superior Court of Quebec<sup>173</sup>, and from the French *Cour de cassation*<sup>174</sup>, which, in its view, go "in the direction of recognizing that the principle of immunity for *acta iure imperii* may be subject to restrictions in this kind of cases"<sup>175</sup>.

147. Greece, for its part, points out that "the fundamental argument in the position of the Greek courts is based on the recognition that there is

<sup>168</sup> CR 2011/18, pp. 61-62, para. 27.

<sup>169</sup> Case of *Orith Zemach et al. v. Federal Republic of Germany*, District Court Tel Aviv-Yafo, decision of 31 December 2009, Case 2143-07, referred to by Germany in its oral pleadings: CR 2011/17, p. 32, para. 24.

<sup>170</sup> Case of *Barreto v. Federal Republic of Germany*, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Ordinary Proceedings No. 2006.5101016944-1, 9 July 2008, referred to by Germany in its oral pleadings: CR 2011/17, p. 32, para. 23. This decision remains pending of appeal to date.

<sup>171</sup> Case of *Natoniewski v. Federal Republic of Germany*, Polish Supreme Court, decision of 29 October 2010, File ref. IV CSK 465/09, referred to by Germany in its oral pleadings: CR 2011/17, p. 33, para. 25.

<sup>172</sup> CR 2011/18, p. 40, para. 7.

<sup>173</sup> Case of *Kazemi (Estate of) and Hashemi v. Iran, Ayatollah Ali Khamenei and Others*, Superior Court of Quebec, 25 January 2011, 2011 QCCS 196, referred to by Italy in its oral pleadings: CR 2011/18, p. 40, para. 7.

<sup>174</sup> *Cour de cassation, première chambre civile*, France, 9 March 2011, No. 09-14743, referred to by Italy in its oral pleadings: CR 2011/18, p. 40, para. 7.

<sup>175</sup> CR 2011/18, p. 40, para. 7.

Puisque, selon les tribunaux allemands, M. Ferrini et les autres victimes n'avaient pas droit à des réparations sur la base de la législation allemande, ils ne pouvaient avoir recours qu'aux tribunaux italiens, et la *Corte di Cassazione* avait donc ainsi ajusté le principe de l'immunité afin de préserver la cohérence des règles internationales applicables dans cette affaire<sup>168</sup>.

145. La décision rendue par la *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Ferrini* (2004) n'était qu'une des décisions de juridictions internes invoquées par les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce) au cours de la procédure dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* dont est saisie la Cour. Durant la procédure, les Parties ainsi que l'Etat intervenant ont invoqué d'autres décisions de tribunaux internes pour étayer leurs arguments. Ainsi, en ce qui concerne la pratique des tribunaux nationaux relative à l'immunité des Etats, l'Allemagne a par exemple, pour étayer ses arguments, invoqué une décision succincte récente de la cour de district israélienne de Tel-Aviv-Jaffa<sup>169</sup>, une décision du Tribunal fédéral de Rio de Janeiro<sup>170</sup> et une décision de la Cour suprême polonaise<sup>171</sup>.

146. L'Italie a pour sa part répliqué à ces arguments en affirmant que, «face à des réclamations portant sur des violations de règles impératives du droit international, les juridictions internes ont porté différentes appréciations sur la question de l'immunité dont jouit l'Etat fautif»<sup>172</sup>. A l'appui de cet argument, l'Italie cite, outre les jugements susmentionnés de l'*Areios Pagos* grec dans l'affaire du *Massacre de Distomo* et de la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini*, deux autres jugements récents, rendus respectivement par la Cour supérieure du Québec<sup>173</sup> et la Cour de cassation française<sup>174</sup>, qui, selon elle, «tendent ... à reconnaître que le principe de l'immunité en matière d'actes se rattachant à l'exercice de droits souverains peut faire l'objet de restrictions dans ce type d'affaires»<sup>175</sup>.

147. La Grèce, pour sa part, fait observer que «l'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il

<sup>168</sup> CR 2011/18, p. 61-62, par. 27.

<sup>169</sup> Affaire *Orith Zemach et autres c. République fédérale d'Allemagne*, cour de district de Tel-Aviv-Jaffa, décision du 21 décembre 2009, affaire 2143-07, mentionnée par l'Allemagne dans ses plaidoiries : CR 2011/17, p. 32, par. 24.

<sup>170</sup> Affaire *Barreto c. République fédérale d'Allemagne*, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, procédure ordinaire n° 2006.5101016944-1, 9 juillet 2008, évoquée par l'Allemagne dans ses plaidoiries : CR 2011/17, p. 32, par. 23. L'appel de cette décision est encore pendant.

<sup>171</sup> Affaire *Natoniewski c. République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême polonaise, décision du 29 octobre 2010, dossier IV CSK 465/09, évoquée par l'Allemagne dans ses plaidoiries : CR 2011/17, p. 33, par. 25.

<sup>172</sup> CR 2011/18, p. 40, par. 7.

<sup>173</sup> Affaire *Kazemi (succession de) et Hashemi c. Iran, ayatollah Ali Khamenei et autres*, Cour supérieure du Québec, 25 janvier 2011, 2011 QCCS 196, mentionnée par l'Italie dans ses plaidoiries : CR 2011/18, p. 40, par. 7.

<sup>174</sup> Cour de cassation, première chambre civile, France, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 09-14743, invoquée par l'Italie dans ses plaidoiries : CR 2011/18, p. 40, par. 7.

<sup>175</sup> CR 2011/18, p. 40, par. 7.

an individual right to reparation in the event of grave violations of humanitarian law”<sup>176</sup>. It argues that

“the obligation on the State to compensate individuals for violations of the rules of humanitarian law seems to derive from Article 3 of the Hague Convention (IV) of 1907 (. . .). That is made clear by the fact that individuals are not excluded from the text of Article 3. This line of argument also emerges from the *travaux préparatoires* of the Second Hague Conference.”<sup>177</sup>

Greece adds that the obligation to pay reparation, on the part of the State which committed a wrongful act, is, in its view, well-established in international law<sup>178</sup>. Human rights and international humanitarian law treaties contain some specific rules that lay down a State obligation of reparation to the benefit of individual victims of treaty breaches.

148. The over-all picture resulting from the pleadings before the Court discloses the tension which ensues from the relevant case law of national courts, as to claims of State immunity and the exercise of the right of access to justice. The Court could hardly thus base its reasoning on the practice of national courts only. It has to resort to other present-day manifestations of international law, such as those listed in Article 38 of its Statute (the formal “sources” of international law), and to go beyond that, as it has done at times in the past. Only in this way can it perform properly its function, in the settlement of a contentious case like the present one, as “the principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of the UN Charter).

### 3. *The Aforementioned Tension in the Age of the Rule of Law at National and International Levels*

149. This is even more compelling if one bears in mind the aforementioned tension in the current age of the rule of law at national and international levels. The origins of this concept (the rule of law essentially at domestic level), in both civil law and common law countries, can be traced back to the end of the eighteenth century, and it gradually takes shape throughout the nineteenth century. It comes to be seen, especially in the twentieth century, as being conformed by a set of fundamental principles and values, and the underlying idea of the needed *limitation* of power. One such principle is that of *equality* of all before the law.

<sup>176</sup> CR 2011/19, p. 22 (translation).

<sup>177</sup> *Ibid.*, pp. 22-23 (translation).

<sup>178</sup> Cf. passages on page 4 of this memorandum. Greece refers to the Ethiopia-Eritrea Claims Commission in support of its claim that “individuals are perceived as the holders of secondary rights under international humanitarian law”; CR 2011/19, p. 26 (translation).

existe un droit individuel à la réparation en cas de violations graves du droit humanitaire»<sup>176</sup>. Elle fait valoir que

«l'obligation de l'Etat d'indemniser des individus pour violation des règles de droit humanitaire semble dériver de l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907... Cela devient évident par le fait qu'il n'y a pas exclusion des individus du texte de l'article 3. Ce raisonnement ressort également des travaux préparatoires de la deuxième conférence de La Haye.»<sup>177</sup>

La Grèce ajoute que l'obligation de verser des réparations qui incombe à l'Etat ayant commis le fait illicite est, selon elle, bien établie en droit international<sup>178</sup>. Les traités relatifs aux droits de l'homme et au droit international humanitaire contiennent certaines règles spécifiques énonçant à la charge de l'Etat une obligation de réparer au bénéfice des victimes individuelles de violations.

148. Il ressort globalement des plaidoiries devant la Cour qu'il existe une tension entre la jurisprudence des tribunaux nationaux concernant l'invocation de l'immunité de l'Etat et l'exercice du droit d'accès à la justice. Ainsi, la Cour ne peut guère s'appuyer sur la seule pratique des tribunaux internes. Elle doit recourir à d'autres manifestations contemporaines du droit international, telles que celles énumérées à l'article 38 de son Statut (les «sources» formelles du droit international) et aller au-delà, comme elle l'a parfois fait par le passé. Ce n'est que de cette manière qu'elle peut exercer sa fonction comme il convient, s'agissant de régler une affaire contentieuse comme celle dont elle est saisie en sa qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies).

### 3. *La tension susmentionnée à l'ère de l'état de droit aux niveaux national et international*

149. Cela est encore plus justifié si l'on songe à la tension susmentionnée à l'heure actuelle, celle de l'état de droit aux niveaux national et international. Les origines de ce concept (l'état de droit, essentiellement au niveau interne) dans les pays de droit civil et de *common law* remontent à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, et il a progressivement pris forme tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. Il en est arrivé à être perçu, spécialement au XX<sup>e</sup> siècle, comme correspondant à une série de valeurs et principes fondamentaux, et à l'idée qui le sous-tend d'une nécessaire *limitation* du pouvoir. L'un de ces principes est celui de l'*égalité* de tous devant la loi.

<sup>176</sup> CR 2011/19, p. 22.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>178</sup> Voir les passages cités p. 4 de la présente opinion. La Grèce mentionne la commission des réclamations Erythrée-Ethiopie à l'appui de son argument selon lequel «les individus sont perçus, en droit international humanitaire, comme les titulaires de droit secondaire»; CR 2011/19, p. 26.

150. The concept of rule of law moves away from the shortsightedness of legal positivism (with its characteristic subservience to the established power), and comes closer to the idea of an “objective” justice, at national and international levels, in line with *jusnaturalist* legal thinking. Within the realm of this latter, it is attentive to the protection of human rights, anterior and superior to the State. Not surprisingly, the concept of rule of law has marked its presence also in the modern domain of the law of international organizations, within which it has gained currency in recent years.

151. We witness, nowadays, within the framework of the general phenomenon of our age, that of the *jurisdictionalization* of the international legal order itself, with the expansion of international jurisdiction (as evidenced by the creation and co-existence of multiple contemporary international tribunals)<sup>179</sup>, the reassuring enlargement of the *access to justice* — at international level — to a growing number of *justiciables*<sup>180</sup>. Not surprisingly, the theme of the rule of law (*preéminence du droit*) at national and international levels, has lately become one of the items of the UN General Assembly itself (from 2006 onwards), wherein it has been attracting growing attention to date<sup>181</sup>.

152. I have drawn attention to this development in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009* (p. 185, para. 55 and p.199, para. 101). An impulse to this development in the UN General Assembly was given by the 2005 progress review in the implementation of the 2000 Millenium Declaration and the Millenium Development Goals. Attention was drawn then to a core group of multilateral treaties<sup>182</sup>, concerned, ultimately and to a large extent, with the rights of the human person.

153. The World Summit Outcome, adopted in September 2005, recognized the needed adherence to, and implementation of, the rule of law at

<sup>179</sup> Cf., e.g., Société Française pour le droit international (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international* (Colloque de Lille de 2002), Paris, Pedone, 2003, pp. 3-545; A. A. Cançado Trindade, “Le développement du droit international des droits de l’homme à travers l’activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme”, 16 *Revue universelle des droits de l’homme* (2004), pp. 177-180.

<sup>180</sup> Cf., in this respect, A. A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECOHLIBROTECNIA, 2008, pp. 61-407.

<sup>181</sup> Cf., on the item “The Rule of Law at the National and International Levels”, the following resolutions of the UN General Assembly: resolutions A/RES/61/39, of 4 December 2006; A/RES/62/70, of 6 December 2007; A/RES/63/128, of 11 December 2008; A/RES/64/116, of 16 December 2009; A/RES/65/32, of 6 December 2010. For a recent examination of this issue, in the light of the aforementioned resolutions of the UN General Assembly, cf. A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4th ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2009, pp. 584-587 and 645-651.

<sup>182</sup> Cf. UN, *Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation — Focus 2005: Responding to Global Challenges*, New York, UN, 2005, pp. 1-154.

150. La notion d'état de droit s'écarte de la myopie du positivisme juridique (avec la servilité devant les pouvoirs établis qui le caractérise) et se rapproche de l'idée d'une justice « objective », aux niveaux national et international, conformément à la doctrine du *droit naturel*. Dans le cadre de cette dernière, il renvoie à la protection des droits de l'homme, antérieurs et supérieurs à l'Etat. Il n'est pas non plus surprenant que la notion d'état de droit ait aussi fait sentir sa présence dans les domaines contemporains du droit des organisations internationales, dans lequel elle s'est propagée ces dernières années.

151. Nous sommes de nos jours les témoins, dans le cadre du phénomène général de notre époque, de la *juridictionnalisation* de l'ordre juridique international lui-même, avec l'expansion de la juridiction internationale (attestée par la création et la coexistence de multiples tribunaux internationaux)<sup>179</sup> et l'élargissement rassurant de l'*accès à la justice* — au niveau international — d'un nombre croissant de *justiciables*<sup>180</sup>. Le thème de l'état de droit (la primauté du droit) aux niveaux national et international a, cela n'est pas surprenant, récemment été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies elle-même (depuis 2006), au sein de laquelle une attention croissante lui est accordée<sup>181</sup>.

152. J'ai appelé l'attention sur ce développement dans mon opinion dissidente en l'affaire 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. 185, par. 55, et p. 199, par. 101). Une impulsion a été donnée à cet égard dans le cadre de l'Assemblée générale des Nations Unies par l'examen effectué en 2005 de la mise en œuvre de la Déclaration du Millénaire et de la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement. L'attention a été appelée à cette occasion sur un groupe de traités multilatéraux fondamentaux<sup>182</sup>, concernant, en dernier ressort et dans une large mesure, les droits de la personne humaine.

153. Le document final du Sommet mondial adopté en septembre 2005 reconnaissait la nécessité de respecter et de réaliser l'état de droit aux

<sup>179</sup> Voir par exemple Société française pour le droit international (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international* (colloque de Lille de 2002), Paris, Pedone, 2003, p. 3-545; A. A. Cançado Trindade, «Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16 (2004), p. 177-180.

<sup>180</sup> Voir à cet égard A. A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en su Amplia Dimensión*, Santiago du Chili, CECO/Librotecnia, 2008, p. 61-407.

<sup>181</sup> Voir, sur la question «L'état de droit aux niveaux national et international», les résolutions ci-après de l'Assemblée générale des Nations Unies: A/RES/61/39 du 4 décembre 2006, A/RES/62/70 du 6 décembre 2007, A/RES/63/128 du 11 décembre 2008, A/RES/64/116 du 16 décembre 2009 et A/RES/65/32 du 6 décembre 2010. Pour un examen récent de la question à la lumière de ces résolutions de l'Assemblée générale, voir A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4<sup>e</sup> éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2009, p. 584-587 et 645-651.

<sup>182</sup> Voir Nations Unies, *Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation — Focus 2005: Responding to Global Challenges*, New York, Nations Unies, 2005, p. 1-154.

national and international levels. The main traits of that memorable exercise may thus be singled out: first, the aforementioned focus on multilateral treaties; secondly, the search for the primacy of the rule of law; thirdly, the assertion of that primacy at both national and international levels; and fourthly, the overcoming of the purely inter-State outlook of the matter.

154. This, in my view, has an incidence in distinct areas of contemporary international law. In so far as State immunities are concerned, for example, the 1972 European Convention on State Immunity (Art. 11) and the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Art. 12) provide for the personal injury (tort) exception. Both Conventions thus acknowledge that their subject-matter does not exhaust itself in purely inter-State relations.

155. It goes in fact beyond them, in encompassing the way States treat human beings under their respective jurisdictions. State immunities have not been devised to allow States that committed atrocities (*delicta imperii*) to shield themselves behind them. Before turning to this point, I shall address, in the following paragraphs, the old dichotomy between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* (as considered in the present case), and the treatment of the human person in face of State immunities, disclosing the shortsightedness and the overcoming of the strict inter-State outlook.

#### XV. THE CONTENTIONS OF THE PARTIES AS TO ACTS *JURE IMPERII* AND ACTS *JURE GESTIONIS*

156. In the present case before the Court opposing Germany to Italy, the contending Parties put forward distinct lines of arguments concerning the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* for the purpose of the application of sovereign immunity, and, more broadly, on the question of the evolution from absolute to relative immunity. Germany essentially argued that at the time of German presence on Italian soil from 1943-1945 “the doctrine of absolute sovereign immunity was uncontested”. It submitted that it was the United States Tate Letter, “based on a general consensus, [that] brought about a fundamental turnaround in 1952”. It argued that since then “judicial practice has distinguished between two categories of State activities, *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*”<sup>183</sup>.

157. For its part, Italy argued that, at first, the exercise of jurisdiction was made exclusively based on the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* and that “more recently the law and practice of many States” have also supported “exceptions to State immunity for some activities in the domain of sovereign acts”<sup>184</sup>. Italy submitted that the evolution from absolute immunity to relative immunity has its origins

<sup>183</sup> Memorial of Germany, paras. 91-92.

<sup>184</sup> Counter-Memorial of Italy, p. 45, para. 4.13.

niveaux national et international. Les principaux résultats de ce sommet mémorable peuvent donc être énoncés comme suit : premièrement, l'accent mis comme on l'a vu sur les traités multilatéraux ; deuxièmement, la recherche de la primauté de l'état de droit ; troisièmement, l'affirmation de cette primauté aux niveaux national et international ; et, quatrièmement, le dépassement de la conception purement étatique de la question.

154. Cela a à mon avis une incidence dans des domaines distincts du droit international contemporain. En ce qui concerne les immunités de l'Etat, par exemple, la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (art. 11) et la convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (art. 12) prévoient l'exception délictuelle. Ces deux conventions reconnaissent ainsi que leur sujet ne s'épuise pas dans les relations purement interétatiques.

155. Il va en fait au-delà de celles-ci, en envisageant la manière dont les Etats traitent les êtres humains placés sous leur juridiction. Les immunités de l'Etat n'ont pas été conçues pour protéger les Etats qui commettent des atrocités (*delicta imperii*). Avant de me pencher sur ce point, j'examinerai dans les paragraphes qui suivent la vieille dichotomie entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* (dans le cadre de la présente affaire) et le traitement de la personne humaine face aux immunités de l'Etat, en soulignant la myopie de la conception strictement interétatique et son dépassement.

#### XV. LES ARGUMENTS DES PARTIES EN CE QUI CONCERNE LES ACTES *JURE IMPERII* ET LES ACTES *JURE GESTIONIS*

156. Dans la présente affaire, qui oppose l'Allemagne à l'Italie devant la Cour, les Parties avancent des arguments distincts en ce qui concerne la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* aux fins de l'application de l'immunité souveraine et, plus généralement, sur la question de l'évolution de l'immunité absolue à l'immunité relative. L'Allemagne fait valoir pour l'essentiel qu'à l'époque de la présence allemande sur le sol italien, de 1943 à 1945, «la doctrine de l'immunité souveraine absolue régnait de manière incontestée». Elle affirme que ce fut la «lettre Tate» (Etats-Unis) qui, «fondée sur un consensus général, opéra un tournant radical en 1952». Selon elle, depuis lors, «la pratique judiciaire distingue deux catégories d'actes accomplis par l'Etat : les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*»<sup>183</sup>.

157. L'Italie fait valoir pour sa part que, si au départ la compétence était exercée exclusivement sur la base de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, «[p]lus récemment, le droit et la pratique de nombreux pays» ont également admis «des exceptions à l'immunité des Etats dans le cas de certaines activités relevant de la catégorie des actes souverains»<sup>184</sup>. Selon elle, l'évolution de l'immunité absolue à l'immunité

<sup>183</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 91-92.

<sup>184</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 45, par. 4.13.

in the successive rulings of national courts. And Greece reiterated this view in its “written statement” of 4 August 2011 (paras. 43-49). In this regard, Italy referred to Belgian case law as pioneer in the evolution of the private-acts exception to immunity and argued that Italian case law, since the nineteenth century, “has been consistent in distinguishing the State as a political entity exercising sovereign powers and entitled to immunity and the State as a legal person not entitled to immunity”<sup>185</sup>.

158. Italy added that “Belgian and Italian case law did not long remain isolated”, and there were also repercussions in the same sense in legal doctrine as from the end of the nineteenth century<sup>186</sup>. Italy thus submitted that the turning point of the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*, was not, as Germany claimed, represented by the United States Tate Letter of 1952, as “well before the Second World War, the denial of State immunity before municipal courts was not considered prejudicial to the dignity or sovereignty of a foreign State” and “the evolution towards restrictive immunity has its *ratio* in the necessity of protecting private persons”. It then added that “exceptions to immunity are not limited to *acta jure gestionis*”<sup>187</sup>.

159. In the course of the oral pleadings before the Court, turning to the personal injury (tort) exception — as provided for in Article 12 of the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property —, Germany claimed that that provision does not codify customary law, and does not apply to the actions of armed forces, and that international State practice excludes armed forces from any exception to immunity<sup>188</sup>. Italy, for its part, argued that the tort exception provides for the lift of immunity if the tortuous act took place in whole or in part within the forum State, as it happened in the present case<sup>189</sup>. It further claimed that Article 12 of the 2004 UN Convention does not make any distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*. And it added that the specific torts that German forces committed in Italy were not just torts, but grave violations of *jus cogens*; thus, the tendency to recognize the tort exception in order to provide relief and access to justice, coupled with the tendency to lift immunity in case of breaches of peremptory norms, means that there was no obligation of Italy to accord immunity to Germany for these acts<sup>190</sup>.

160. This debate between the contending Parties was confined to the paradigm of inter-State relations. It did not free itself from the chains of

<sup>185</sup> Counter-Memorial of Italy, paras. 4.15-4.16.

<sup>186</sup> Cf. *ibid.*, para. 4.17.

<sup>187</sup> *Ibid.*, paras. 4.20-4.50.

<sup>188</sup> CR 2011/17, pp. 37-38, paras. 2-3.

<sup>189</sup> CR 2011/18, p. 41, paras. 9-11.

<sup>190</sup> CR 2011/21, pp. 35-36, paras. 16-17.

relative à son origine dans les décisions successives des tribunaux internes. Et la Grèce a réitéré cette opinion dans sa «déclaration écrite» du 4 août 2011 (par. 43-49). À cet égard, l'Italie renvoie à la jurisprudence belge, qui a fait figure de pionnière dans l'évolution de l'exception à l'immunité pour les actes privés, et soutient que la jurisprudence italienne, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, «applique d'une manière constante la distinction entre l'Etat en tant qu'entité politique exerçant des pouvoirs souverains et bénéficiant de l'immunité, et l'Etat en tant que personne morale, ne bénéficiant pas de l'immunité»<sup>185</sup>.

158. L'Italie ajoute que «[l]es jurisprudences belge et italienne ne restent pas longtemps isolées», et qu'il y eut aussi des répercussions dans le même sens dans la doctrine juridique à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>186</sup>. L'Italie soutient ainsi que le tournant de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* ne fut pas, comme le soutient l'Allemagne, représenté par la «lettre Tate» de 1952, du fait que, «bien avant la seconde guerre mondiale, le refus de l'immunité des Etats par les juridictions nationales n'était pas considéré comme portant atteinte à la dignité ou à la souveraineté d'un Etat étranger» et que «l'évolution vers l'immunité restreinte a pour raison d'être la nécessité de protéger les personnes privées». Elle ajoute que «les exceptions à l'immunité ne se limitent pas aux *acta jure gestionis*»<sup>187</sup>.

159. Lors des plaidoiries devant la Cour, au sujet de l'exception délictuelle — telle que prévue à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (2004) —, l'Allemagne a soutenu que cette disposition ne codifiait pas le droit coutumier et ne s'appliquait pas aux actions des forces armées, et que la pratique des Etats excluait les forces armées de toute exception à l'immunité<sup>188</sup>. L'Italie, pour sa part, affirme que l'exception délictuelle permet d'écarter l'immunité si l'acte délictueux a été commis en tout ou en partie dans l'Etat du for, comme c'est le cas dans la présente affaire<sup>189</sup>. Elle soutient de plus que l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 ne fait aucune distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*. Et elle ajoute que les actes dommageables spécifiques commis par les forces allemandes en Italie n'étaient pas juste des actes dommageables mais étaient de graves violations du *jus cogens*; ainsi, la tendance à reconnaître l'exception délictuelle pour accorder réparation et ouvrir l'accès à la justice, associée à la tendance à écarter l'immunité en cas de violation de normes impératives, signifiait que l'Italie n'était pas tenue d'accorder l'immunité à l'Allemagne pour ces actes<sup>190</sup>.

160. Ce débat entre les Parties s'est limité au paradigme des relations interétatiques. Il ne s'est pas libéré des chaînes du lexique traditionnel

<sup>185</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.15-4.16.

<sup>186</sup> Voir *ibid.*, par. 4.17.

<sup>187</sup> *Ibid.*, par. 4.20-4.50.

<sup>188</sup> CR 2011/17, p. 37-38, par. 2-3.

<sup>189</sup> CR 2011/18, p. 41, par. 9-11.

<sup>190</sup> CR 2011/21, p. 35-36, par. 16-17.

the lexicon of traditional international law, with the exception of the sole reference to *jus cogens*. The evolution of law to which the two contending Parties referred — with an entirely different reading and interpretation advanced by each of them — can be better appreciated within a larger framework, going well beyond the strict outlook of an inter-State legal order. I purport to draw attention, in the following paragraphs, to this point, so as to arrive at a better understanding of the matter at issue.

XVI. THE HUMAN PERSON AND STATE IMMUNITIES:  
THE SHORTSIGHTEDNESS OF THE STRICT INTER-STATE OUTLOOK

161. To that end, an appropriate starting-point lies in the identification of the distortions of the State-centric outlook of the international legal order, leading to an awareness of myth surrounding the role of the State. Shaken by the horrors of the Second World War and the collapse of reason (rational thinking) in European relations, the learned thinker Ernst Cassirer (1874-1945), studied the role played by myth in that collapse. He concluded, shortly before dying, that civilization was — unlike what most people used to assume — not solid at all, but rather a fragile layer, below which lay extreme violence and recurring massacres and atrocities throughout history<sup>191</sup>. Cassirer, focusing on the twentieth century myth of the State, identified the deleterious influence of traces of Machiavellian thinking (dismissal of, or indifference to, ethical considerations), of Hobbesian thinking (indissoluble links between the rulers and those ruled, with the subjection of the latter to the former), and of Hegelian thinking (the State as the supreme historical reality that has to preserve itself, the interests of which stand above anything, irrespective of any ethical considerations)<sup>192</sup>.

162. One has to be careful with myths — E. Cassirer further warned — including the “political myths”, in particular those which have led, in the twentieth century, to so much extreme violence and to totalitarianism<sup>193</sup>. Another learned thinker, the historian Arnold Toynbee, also propounded the same view in this particular respect. In an insightful essay published in 1948, Toynbee questioned the very bases of what was understood by *civilization* (as “a movement and not a condition”), characterizing this latter as no more than quite modest advances at social and ethical levels. Under its thin layer — he added — barbarism unfortunately persisted<sup>194</sup>, as demonstrated by the uncontrolled and extreme violence of his times.

<sup>191</sup> E. Cassirer, *El Mito del Estado*, Bogotá/Mexico City, Fondo de Cultura Económica, 1996 [reed.], pp. 338-339, and cf. pp. 347 and 350. His book *The Myth of State* was published posthumously in distinct idioms (1946 onwards).

<sup>192</sup> *Ibid.*, pp. 168 (Machiavelli), 207 (Hobbes) and 311 and 313 (Hegel), and cf. p. 323.

<sup>193</sup> *Ibid.*, pp. 333-336, 341-342, 344-345 and 351.

<sup>194</sup> A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, pp. 54-55, 150-151, 159, 161, 213, 222 and 234.

du droit international, à la seule exception d'une référence unique au *jus cogens*. L'évolution du droit évoquée par les Parties, chacune d'elles avançant à cet égard une opinion et une interprétation différentes, peut être mieux appréciée dans un cadre plus large, en allant bien au-delà de la stricte conception d'un ordre juridique interétatique. J'entends appeler l'attention, dans les paragraphes qui suivent, sur ce point, de manière à arriver à une meilleure compréhension de la question qui se pose.

XVI. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT :  
MYOPIE DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE

161. A cette fin, il convient de commencer par recenser les distorsions de la vision de l'ordre juridique international centrée sur l'Etat, pour aboutir à une prise de conscience du mythe entourant le rôle de l'Etat. Secoué par les horreurs de la seconde guerre mondiale et l'effondrement de la raison (la pensée rationnelle) dans les relations européennes, Ernst Cassirer (1874-1945) a étudié le rôle joué par le mythe dans cet effondrement. Il a conclu peu avant sa mort que, contrairement à l'opinion largement répandue, la civilisation n'était pas solide du tout, mais n'était qu'une couche fragile sous laquelle se cachait une violence extrême ayant donné lieu à des massacres et à des atrocités tout au long de l'histoire<sup>191</sup>. L'éminent penseur E. Cassirer, axant sa réflexion sur le mythe de l'Etat en vogue au XX<sup>e</sup> siècle, a mis en lumière l'influence délétère des traces de la pensée de Machiavel (rejet des considérations éthiques ou indifférence à cet égard), de la pensée de Hobbes (liens indissociables entre les dirigeants et les dirigés, ces derniers étant assujettis aux premiers) et de la pensée de Hegel (l'Etat comme réalité historique suprême qui doit se préserver et dont les intérêts sont au-dessus de tout, les considérations éthiques étant sans pertinence)<sup>192</sup>.

162. Il faut être prudent avec les mythes, avertissait en outre E. Cassirer, y compris les «mythes politiques», en particulier ceux qui ont abouti, au XX<sup>e</sup> siècle, à une violence extrême et au totalitarisme<sup>193</sup>. Un autre penseur éminent, l'historien Arnold Toynbee, a exprimé la même opinion sur ce sujet particulier. Dans un essai pénétrant publié en 1948, A. Toynbee remettait en cause les bases mêmes de ce qui était perçu comme la *civilisation* («un mouvement et non un état»), caractérisant celle-ci comme n'étant rien de plus que des avancées modestes aux niveaux social et éthique. Il ajoutait que sous cette fine pellicule la barbarie malheureusement subsistait<sup>194</sup>, comme l'avait démontré la violence incontrôlée et extrême de son époque.

<sup>191</sup> E. Cassirer, *El Mito del Estado*, Bogotá/Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996 (rééd.), p. 338-339, et voir p. 347 et 350. Son ouvrage *Le mythe de l'Etat* a été publié à titre posthume dans plusieurs langues (à partir de 1946).

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 168 (Machiavel), 207 (Hobbes), 311 et 313 (Hegel), et voir p. 323.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 333-336, 341-342, 344-345 et 351.

<sup>194</sup> A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, p. 54-55, 150-151, 159, 161, 213, 222 et 234.

163. State-centric thinking, to the exclusion of human beings, gradually made its incursions into international legal thinking — with disastrous consequences, as illustrated by the horrors of the Second World War, and the successive atrocities throughout the twentieth century and the beginning of the twenty-first century. The term “sovereignty”, for example, has a long-standing and troubling history: from the times of Jean Bodin (1530-1596) and of Emerich de Vattel (1714-1767) up to the present, in the name of State sovereignty — unduly and inadvertently diverted from inter-State to intra-State relations — millions of human beings were sacrificed. The misuses of language, having repercussions in international legal thinking, sought to exert influence in the international scenario, for whatever purposes, devoid of ethical considerations.

164. Soon it was realized that there should be limits to what one could do, in the sphere of inter-State relations. International legal language became then engaged in the recognition and construction of the principle of the equality of States, but again in the framework of sovereignty (internal and external), pursuant to an essentially State-centric outlook and reasoning<sup>195</sup>. It was in the blurred inter-State outlook of sovereignties in potential or actual confrontation that some jargon, remindful of the Westphalian paradigm, was to flourish. Such was the case of State immunities.

165. In fact, the origins of the term “immunity” (from Latin *immunitas*, deriving from *immunis*) go back to the mid-eighteenth century; the word was used, from then onwards, to refer to the condition of someone exempted from taxes, or from any charges or duties. Towards the end of the nineteenth century, the term “immunity” was introduced into the lexicon of constitutional law and international law (in relation to parliamentarians and diplomats, respectively)<sup>196</sup>. In criminal law, it became associated with “cause of impunity”<sup>197</sup>. In international law, the term came to be used also in respect of “prerogatives” of the sovereign State<sup>198</sup>.

166. In any case, as such, the term “immunity” has all the time meant to refer to something wholly exceptional, an exemption from jurisdiction or from execution<sup>199</sup>. It was never meant to be a “principle”, nor a norm of general application. It has certainly never been intended, by its invoca-

<sup>195</sup> S. Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 154-155 and 188, and cf. pp. 29, 190-191 and 196.

<sup>196</sup> *Dictionnaire historique de la langue française* (eds. A. Rey), 3rd ed., Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, pp. 1070-1071; *The Oxford English Dictionary* (prep. J. A. Simpson and E. S. C., Weiner), 2nd ed., Vol. VII, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (eds. C. T. Onions *et al.*), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire étymologique et historique du français* (eds. J. Dubois, H. Mitterrand and A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415.

<sup>197</sup> G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8th rev. ed., Paris, PUF, 2007, p. 467.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>199</sup> *Dictionnaire de droit international public* (ed. J. Salmon), Brussels, Bruylant, 2001, pp. 559-560.

163. La mise en avant de l'Etat à l'exclusion de l'être humain a progressivement fait des incursions dans la doctrine des publicistes, avec des conséquences désastreuses, comme l'illustrent les horreurs de la seconde guerre mondiale et les atrocités successives dont tout le XX<sup>e</sup> siècle et le début du XXI<sup>e</sup> siècle ont été les témoins. Le terme «souveraineté», par exemple, a une histoire longue et troublante: depuis l'époque de Jean Bodin (1530-1596) et d'Emerich de Vattel (1714-1767) jusqu'à nos jours, au nom de la souveraineté de l'Etat, détournée indûment et par inadvertance des relations interétatiques pour être introduite dans les relations intra-étatiques, des millions d'êtres humains ont été sacrifiés. Les abus de langage, ayant des répercussions dans la doctrine des publicistes, ont voulu exercer une influence sur la scène internationale, à quelques fins que ce soit, sans aucune considération éthique.

164. On a compris bientôt qu'il devait y avoir des limites à ce que l'on pouvait faire dans la sphère des relations interétatiques. La langue juridique internationale s'est alors engagée dans la reconnaissance et la construction du principe de l'égalité des Etats, mais là encore dans le cadre de la souveraineté (interne et externe), suivant une perspective et une réflexion essentiellement centrées sur l'Etat<sup>195</sup>. Ce fut dans la perspective interétatique brouillée de souverainetés en confrontation potentielle ou actuelle qu'un certain jargon, rappelant le paradigme westphalien, devait faire florès. Tel fut le cas des immunités de l'Etat.

165. En fait, les origines du terme «immunité» (du latin *immunitas*, dérivé de *immunis*) remontent au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle; le mot fut utilisé à partir de cette époque pour désigner l'état de celui qui est exempté d'impôts, taxes ou redevances. Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le terme «immunité» a été introduit dans le lexique du droit constitutionnel et du droit international (en relation avec les parlementaires et les diplomates, respectivement)<sup>196</sup>. En droit pénal, il a été associé à «cause d'impunité»<sup>197</sup>. En droit international, ce terme peut également être utilisé en ce qui concerne les «prérogatives» de l'Etat souverain<sup>198</sup>.

166. Quoi qu'il en soit, en tant que tel, le terme «immunité» a toujours été censé désigner quelque chose de totalement exceptionnel, une exemption de la juridiction ou de l'exécution<sup>199</sup>. Il n'a jamais été censé être un «principe», ni une norme d'application générale. Il n'a assurément jamais été

<sup>195</sup> S. Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leyde, Nijhoff, 2004, p. 154-155 et 188, et voir p. 29, 190-191 et 196.

<sup>196</sup> *Dictionnaire historique de la langue française* (dir. publ., A. Rey), 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 1070-1071; *The Oxford English Dictionary* (dir. publ., J. A. Simpson et E. S. C. Weiner), 2<sup>e</sup> éd., vol. VII, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (dir. publ., C. T. Onions et al.), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire étymologique et historique du français* (dir. publ., J. Dubois, H. Mitterand et A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415.

<sup>197</sup> G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd. rév., Paris, PUF, 2007, p. 467.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>199</sup> *Dictionnaire de droit international public* (dir. publ., J. Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 559-560.

tion, to except jurisdiction on, and to cover-up, international crimes, let alone atrocities or grave violations of human rights or of international humanitarian law. It has certainly never been intended to exclude reparations to victims of such atrocities or grave violations. To argue otherwise would not only beg the question, but also incur a serious distortion of the term “immunity”.

167. The theory of State immunity was erected at a time and in an atmosphere which displayed very little concern with the treatment dispensed by States to human beings under their respective jurisdictions. Gradually, pursuant to an inter-State outlook perceived with myopia, the gradual introduction was to take place, towards the end of the nineteenth century — due to a large extent to the work of Italian and Belgian courts, and of national courts of the leading trading nations — of the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*: State immunity was then limited only to the former, to the so-called *acta jure imperii*.

168. As this development took place, those responsible for it did not have in mind international crimes: concern was rather turned to commercial transactions mainly, so as to exclude the incidence of immunity when the State was acting as a private entity. Reliance upon this distinction in legislative endeavours, including the drafting of conventions on State immunities — such as the 1972 European Convention on State Immunity, adopted in Basel four decades ago and in force as from 1976 — served at least to put an end to the notion of absolute immunity<sup>200</sup>. Likewise, in the American continent, the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States (OAS) concluded, in 1983, the draft Inter-American Convention on Jurisdictional Immunities of States, which took into account the on-going evolution towards restricting State immunity.

169. Such evolution was prompted by the involvement of States in commercial relations, excluded from the domain of State immunity. The Inter-American Juridical Committee questioned the “rigidity” of the classic distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, and refused to make reference to such traditional categorization of acts<sup>201</sup>. In any case, it deliberately shifted away from absolute immunity. The fact remains

<sup>200</sup> Cf., in general, *inter alia*, H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, pp. 502-598; M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, pp. 203-403; T. R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity — An Analysis of Legal Interpretation*, London, Praeger Publs., 1970, pp. 63-142; I. Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity — Recent Developments”, 167 *RCADI* (1980), pp. 121-217 and 243-266; P. D. Trooboff, “Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles”, 200 *RCADI* (1986), pp. 252-274; W. W. Bishop Jr., “New United States Policy Limiting Sovereign Immunity”, 47 *American Journal of International Law* (1953), pp. 93-106; J. Combacau, “L’immunité de l’Etat étranger aux Etats-Unis: la lettre Tate vingt ans après”, 18 *Annuaire français de droit international* (1972), pp. 455-468.

<sup>201</sup> Cf. Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, Vol. XV (1983), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 1983, p. 48.

conçu pour, par son invocation, exclure la compétence en cas de crimes internationaux ni pour couvrir ces crimes, sans parler des atrocités ou violations graves des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. Il n'a assurément jamais été censé exclure les réparations dues aux victimes de telles atrocités ou violations graves. Arguer le contraire non seulement éluderait la question, mais constituerait une grave distorsion du terme «immunité».

167. La théorie de l'immunité de l'Etat a été construite à une époque et dans une atmosphère qui ne se préoccupaient guère du traitement dispensé par les Etats aux êtres humains placés sous leur juridiction. Progressivement, dans une perspective interétatique atteinte de myopie, on assista, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, dans une large mesure en raison de l'activité des tribunaux italiens et belges et des tribunaux internes des principales nations commerçantes, à l'introduction de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*: l'immunité de l'Etat était alors limitée aux premiers, les *acta jure imperii*.

168. Comme cette évolution se faisait jour, ceux qui en étaient responsables n'avaient pas à l'esprit les crimes internationaux: leur souci était plutôt, et principalement, les relations commerciales, et il s'agissait d'exclure l'immunité lorsque l'Etat agissait comme une entité privée. La consécration de cette distinction dans des entreprises normatives, y compris l'élaboration de conventions sur les immunités de l'Etat comme la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, adoptée à Bâle il y a quatre décennies et entrée en vigueur en 1976, a au moins servi à mettre fin à la notion d'immunité absolue<sup>200</sup>. De même, sur le continent américain, le comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains (OEA) a conclu, en 1983, le projet de convention interaméricaine sur les immunités juridictionnelles des Etats, qui tenait compte de l'évolution en cours vers une restriction de l'immunité de l'Etat.

169. Cette évolution a été suscitée par l'implication des Etats dans les relations commerciales, exclues du domaine de l'immunité de l'Etat. Le comité juridique interaméricain a mis en cause la «rigidité» de la distinction classique entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, et a refusé de recourir à cette catégorisation traditionnelle<sup>201</sup>. Quoi qu'il en soit, il s'est délibérément écarté de l'immunité absolue. Le fait demeure

<sup>200</sup> Voir en général, notamment, H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008, p. 502-598; M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 203-403; T. R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity — An Analysis of Legal Interpretation*, Londres, Praeger Publ., 1970, p. 63-142; I. Sinclair, «The Law of Sovereign Immunity — Recent Developments», *RCADI*, vol. 167 (1980), p. 121-217 et 243-266; P. D. Trooboff, «Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles», *RCADI*, vol. 200 (1986), p. 252-274; W. W. Bishop Jr., «New United States Policy Limiting Sovereign Immunity», *American Journal of International Law*, vol. 47 (1953), p. 93-106; J. Combacau, «L'immunité de l'Etat étranger aux Etats-Unis: la lettre Tate vingt ans après», *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972), p. 455-468.

<sup>201</sup> Voir Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, vol. XV (1983), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 1983, p. 48.

that restrictive immunity entered into the lexicon of modern international law; but again, the underlying major concern, and the main motivation, were with commerce, essentially with commercial relations and transactions, excluded therefrom.

170. In his sharp criticism of State immunities in 1951, Hersch Lauterpacht challenged the prerogatives of the sovereign State that denied legal remedies to individuals for the vindication of their rights; to him, absolute immunity led to injustice, and the move towards restrictive immunity, on the ground of the distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, was not a solution either, it failed to provide a guide or basis for the development of international law<sup>202</sup>. To Lauterpacht, the concept of State immunity was rather “absolutist”, a manifestation of the Hobbesian conception of the State; rather than a principle, it was an “anomaly”, to be reassessed in the gradual “general progression towards the rule of law within the State”<sup>203</sup>. After all, one could no longer “tolerate the injustice” arising whenever the State “screens itself behind the shield of immunity in order to defeat a legitimate claim”<sup>204</sup>.

171. This becomes clearer if we move away from the rather circumscribed historical context which motivated the formulation of the distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, namely, trade relations and transactions. If we enter the larger domain to the treatment dispensed by the State to human beings under their respective jurisdictions, that traditional distinction will appear even more insufficient and inadequate. One ought to proceed to the definitive overcoming of the strict and dangerous exclusively inter-State outlook of the past.

#### XVII. THE STATE-CENTRIC DISTORTED OUTLOOK IN FACE OF THE IMPERATIVE OF JUSTICE

172. The beginning of the personification of the State — in fact, of the modern theory of the State — in the domain of international law took place, in the mid-eighteenth century, with the work of Emer de Vattel (*Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), which was to have many repercussions in the international legal practice of his times. The emphasis on State personality and sovereignty led to the conception of an international law applicable strictly to the relations among States (the *jus inter gentes*, rather than the *jus gentium*), that is, an inter-State legal order; it

<sup>202</sup> H. Lauterpacht, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, 28 *British Yearbook of International Law* (1951), pp. 220 and 226-227.

<sup>203</sup> *Ibid.*, pp. 232-233 and 249-250.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 235.

que l'immunité restrictive est largement entrée dans le lexique du droit international moderne, mais, une fois encore, la préoccupation majeure et prioritaire et la principale motivation concernaient le commerce, essentiellement les relations et transactions commerciales, exclues de l'immunité.

170. Critiquant très vivement les immunités de l'Etat en 1951, Hersch Lauterpacht a contesté les prérogatives de l'Etat souverain, lesquelles privaient les individus des recours juridiques pour faire valoir leurs droits; pour lui, l'immunité absolue était source d'injustice et la transition vers l'immunité restrictive, sur la base de la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, n'était pas non plus une solution, en ce qu'elle n'offrait ni orientation ni fondement au développement du droit international<sup>202</sup>. Pour H. Lauterpacht, le concept de l'immunité de l'Etat était quelque peu «absolutiste», une manifestation de la conception hobbesienne de l'Etat; plutôt qu'un principe, il s'agissait en fait d'une «anomalie» qu'il convenait de réévaluer dans le cadre de la «progression générale vers l'état de droit à l'intérieur de l'Etat»<sup>203</sup>. Après tout, on ne pouvait plus «tolérer l'injustice» qui existait chaque fois qu'un Etat «s'abrite derrière le bouclier de l'immunité pour faire échec à une réclamation légitime»<sup>204</sup>.

171. Cela devient plus clair si nous nous éloignons du contexte historique assez circonscrit qui a motivé la formulation de la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, à savoir les relations et opérations commerciales. Si l'on entre dans le domaine plus large du traitement dispensé par l'Etat aux êtres humains placés sous sa juridiction, cette distinction traditionnelle apparaît encore plus insuffisante et inadéquate. Il faut arriver à surmonter définitivement la perspective exclusivement interétatique du passé, stricte et dangereuse.

## XVII. LA PERSPECTIVE INTERÉTATIQUE VICIÉE FACE À L'IMPÉRATIF DE JUSTICE

172. Le début de la personnification de l'Etat — en fait, le début de la théorie moderne de l'Etat — dans le domaine du droit international a eu lieu au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle avec l'œuvre d'Emer de Vattel (*Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), qui devait avoir de vastes répercussions dans la pratique juridique internationale de son époque. L'accent mis sur la personnalité et la souveraineté de l'Etat a abouti à la conception d'un droit international applicable strictement aux relations entre Etats (le *jus inter gentes*, et non le *jus gentium*), c'est-à-dire un ordre juri-

<sup>202</sup> H. Lauterpacht, «The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States», *British Yearbook of International Law*, vol. 28 (1951), p. 220 et 226-227.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 232-233 et 249-250.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 235.

amounted to a reductionist outlook of the subjects of the law of nations, admitting only and exclusively the States as such<sup>205</sup>.

173. The consequences of this State-centric distortion were to prove disastrous for human beings, as widely acknowledged in the mid-tenth century. In the heyday of the inter-State frenzy, individuals had been relegated to a secondary level. To G. W. F. Hegel (1770-1831), apologist of the Prussian State, for example, the individual was entirely subsumed under the State; society itself was likewise subordinated to the State<sup>206</sup>. The State was an end in itself (*Selbstzweck*), and freedom could only be the one granted by the State itself<sup>207</sup>. Hegel endorsed and justified the authoritarian and absolutely sovereign State; to him, the State should be stronger than society, and individuals could only pursue their interests within the sovereign State<sup>208</sup>.

174. From the late nineteenth century onwards, legal positivism wholly personified the State, endowing it with a “will of its own”, and reducing the rights of human beings to those which the State “conceded” to them. The consent of the “will” of the States (according to the voluntarist positivism) was erected into the alleged predominant criterion in international law, denying *jus standi* to individuals, to human beings; this rendered difficult a proper understanding of the international community, and undermined international law itself, reducing its dimension to that of a strictly inter-State law, no more *above* but rather *among* sovereign States<sup>209</sup>. In fact, when the international legal order moved away from the universal vision of the so-called “founding fathers” of the law of nations (*droit des gens — supra*), successive atrocities were committed against human beings, against humankind.

175. Such succession of atrocities — war crimes and crimes against humanity — occurred amidst the myth of the all-powerful State, and even the social milieu was mobilized to that end. The criminal policies of the State — gradually taking shape from the outbreak of the First World War onwards — counted on “technical rationality” and bureaucratic organization; in face of the aforementioned crimes, without accountability, individuals became increasingly vulnerable<sup>210</sup>, if not defenceless. It soon became clear that there was a great need for justice, not only for the victims of their crimes and their relatives, but for the social milieu as a whole; otherwise life would become unbearable, given the denial of the

<sup>205</sup> Cf., e.g., E. Jouanet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, pp. 255, 311, 318-319, 344 and 347.

<sup>206</sup> Eric Weil, *Hegel et l'Etat* [1950], 4th ed., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1974, pp. 11, 24 and 44.

<sup>207</sup> *Ibid.*, pp. 45 and 53.

<sup>208</sup> *Ibid.*, pp. 55-56, 59, 62, 100 and 103.

<sup>209</sup> P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 36-37.

<sup>210</sup> G. Bensoussan, *Auschwitz en héritage? D'un bon usage de la mémoire*, 9th rev. ed., Paris, Mille et Une Nuits, 2006, pp. 174, 183, 187, 197 and 246.

dique interétatique; il s'agissait d'une perspective réductionniste dans le cadre de laquelle les Etats étaient seuls et exclusivement considérés comme des sujets du droit des nations<sup>205</sup>.

173. Les conséquences de cette distorsion centrée sur l'Etat devaient se révéler désastreuses pour les êtres humains, comme cela a été largement reconnu au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. A l'apogée de la frénésie interétatique, les individus avaient été relégués au second rang. Pour G. W. F. Hegel (1770-1831), apologiste de l'Etat prussien, par exemple, l'individu était entièrement assujéti à l'Etat; la société elle-même était aussi subordonnée à l'Etat<sup>206</sup>. L'Etat était une fin en soi (*Selbstzweck*) et la liberté ne pouvait être que celle qu'il accordait lui-même<sup>207</sup>. Hegel soutenait et justifiait l'Etat autoritaire et absolument souverain; pour lui, l'Etat devait être plus fort que la société, et les individus ne pouvaient poursuivre leurs intérêts que dans le cadre de l'Etat souverain<sup>208</sup>.

174. A partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le positivisme juridique a totalement personnifié l'Etat, le dotant d'une «volonté propre» et réduisant les droits des êtres humains à ceux que l'Etat leur «concedait». Le consentement de la «volonté» des Etats (selon le positivisme volontariste) fut érigé en critère prédominant en droit international, déniait tout *jus standi* aux individus, aux êtres humains; cela a rendu une compréhension appropriée de la communauté internationale difficile, et a porté atteinte au droit international lui-même, le réduisant à un droit strictement interétatique, non plus *au-dessus* des Etats souverains mais *entre eux*<sup>209</sup>. En fait, lorsque l'ordre juridique international s'est éloigné de la vision universelle des «pères fondateurs» du droit des nations (le droit des gens, voir *supra*), des atrocités successives ont été commises contre des êtres humains, contre l'humanité.

175. Cette succession d'atrocités, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, est survenue alors que régnait le mythe de l'Etat tout-puissant, et même le milieu social a été mobilisé à cette fin. Les politiques criminelles de l'Etat qui ont progressivement pris forme depuis le déclenchement de la première guerre mondiale s'appuyaient sur la «rationalité technique» et l'organisation bureaucratique; face aux crimes susmentionnés, en l'absence de responsabilité, les individus sont devenus de plus en plus vulnérables<sup>210</sup>, sinon sans défense. Il est très vite apparu qu'il y avait un immense besoin de justice, non seulement pour les victimes des crimes des Etats et leurs proches, mais aussi pour le milieu social dans son en-

<sup>205</sup> Voir par exemple E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, p. 255, 311, 318-319, 344 et 347.

<sup>206</sup> Eric Weil, *Hegel et l'Etat* [1950], 4<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1974, p. 11, 24 et 44.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 45 et 53.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 55-56, 59, 62, 100 et 103.

<sup>209</sup> P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, La Haye, Nijhoff, 1960, p. 36-37.

<sup>210</sup> G. Bensoussan, *Auschwitz en héritage? D'un bon usage de la mémoire*, 9<sup>e</sup> éd. rév., Paris, Mille et Une Nuits, 2006, p. 174, 183, 187, 197 et 246.

human person, her annihilation, perpetrated by those successive crimes of State<sup>211</sup>.

176. It was at the time of the prevalence of the inter-State myopia that the practice on State immunity took shape and found its greatest development, discarding legal action on the part of individuals against what came to be regarded as sovereign “acts of State”. Yet, the individual’s submission to the “will” of the State was never convincing to all, and it soon became openly challenged by the more lucid doctrine. The idea of absolute State sovereignty — which led to the irresponsibility and the alleged omnipotence of the State, not impeding the successive atrocities committed by it (or in its name) against human beings — appeared with the passing of time entirely unfounded. The State — it is nowadays acknowledged — is responsible for all its acts — both *jure gestionis* and *jure imperii* — as well as for all its omissions<sup>212</sup>. In case of (grave) violations of human rights, the *direct access* of the individuals concerned to the international jurisdiction is thus fully justified, to vindicate such rights, even against their own State<sup>213</sup>.

#### XVIII. THE HUMAN PERSON AND STATE IMMUNITIES: THE OVERCOMING OF THE STRICT INTER-STATE OUTLOOK

177. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* before this Court, we are faced with a matter entirely different from those which prompted the traditional doctrines of the past. We are here before the invocation of State immunity in respect of the perpetration of international crimes (of grave violations of human rights and of international humanitarian law), and of the individual victims’ right of access to justice, in order to vindicate their right to reparation under general international law. What is the relevance of that distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* for the consideration of the present case before the Court? None.

178. War crimes and crimes against humanity are not to be considered *acta jure gestionis*, or else “private acts”; they are crimes. They are not to be considered *acta jure imperii* either; they are grave *delicta*, crimes. The distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, between sovereign or official acts of a State and acts of a private nature, is a remnant of traditional doctrines which are wholly inadequate to the examination

<sup>211</sup> *Op. cit. supra* note 210, p. 207.

<sup>212</sup> *Ibid.*, pp. 247-259.

<sup>213</sup> S. Glaser, “Les droits de l’homme à la lumière du droit international positif”, in *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 117-118, and cf. pp. 105-106 and 114-116.

semble; à défaut, la vie deviendrait insupportable, étant donné le déni de la personne humaine, son annihilation, perpétré par ces crimes d'Etat successifs<sup>211</sup>.

176. C'est à l'époque où la myopie interétatique prévalait que la pratique de l'immunité de l'Etat a pris forme et a atteint son plein développement, refusant à l'individu toute possibilité d'agir en justice contre ce qui en est arrivé à être considéré comme des «actes de l'Etat» souverain. Pourtant, la soumission de l'individu à la «volonté» de l'Etat n'a jamais été convaincante pour tous, et elle a bientôt été ouvertement contestée par une doctrine plus éclairée. L'idée de la souveraineté étatique absolue, qui a abouti à l'irresponsabilité et à la prétendue omnipotence de l'Etat et n'a pas empêché les atrocités successives commises par l'Etat (ou en son nom) contre des êtres humains, est avec le passage du temps apparue comme totalement infondée. L'Etat — cela est aujourd'hui reconnu — est responsable de tous ses actes — aussi bien *jure gestionis* que *jure imperii* — ainsi que de toutes ses omissions<sup>212</sup>. En cas de violations (graves) des droits de l'homme, l'accès direct des individus concernés à la justice internationale est ainsi pleinement justifié, pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits, même contre leur propre Etat<sup>213</sup>.

#### XVIII. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT : LE DÉPASSEMENT DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE

177. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* dont la Cour est saisie, nous sommes confrontés à une question totalement différente de celles qui ont motivé les doctrines traditionnelles du passé. Nous sommes en présence de l'invocation de l'immunité de l'Etat en ce qui concerne la perpétration de crimes internationaux (des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire) et le droit des victimes individuelles d'avoir accès à la justice pour faire valoir leurs droits à réparation en vertu du droit international général. En quoi la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* est-elle pertinente pour l'examen de la présente affaire? En rien.

178. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne doivent pas être considérés comme *acta jure gestionis*, autrement dit des «actes privés»; il s'agit de crimes. Ils ne doivent pas non plus être considérés comme *acta jure imperii*; il s'agit de *delicta* graves, de crimes. La distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, entre actes souverains ou officiels d'un Etat et actes de caractère privé, est un vestige de doc-

<sup>211</sup> *Op. cit. supra* note 210, p. 207.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 247-259.

<sup>213</sup> S. Glaser, «Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif», *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 117-118, et voir p. 105-106 et 114-116.

of the present case on the *Jurisdictional Immunities of the State* before the Court. Such traditional theories, in their myopia of State-centrism, forgot the lessons of the founding fathers of the law of nations, pointing to the acknowledgement that individuals are subjects of the law of nations (*droit des gens*).

179. No State can, nor was ever allowed, to invoke sovereignty to enslave and/or to exterminate human beings, and then to avoid the legal consequences by standing behind the shield of State immunity. There is no immunity for grave violations of human rights and of international humanitarian law, for war crimes and crimes against humanity. Immunity was never conceived for such iniquity. To insist on pursuing a strictly inter-State approach in the relationships of responsibility leads to manifest injustice. The present case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy: Greece intervening*) gives eloquent testimony of this.

180. Individuals are indeed subjects of international law (not merely “actors”), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are *titulaires* of rights and bearers of duties which emanate *directly* from international law (the *jus gentium*). Converging developments, in recent decades, of the international law of human rights, of international humanitarian law, and of the international law of refugees, followed by those of international criminal law, give unequivocal testimony of this.

181. The doctrine of sovereign immunities, which blossomed with the myopia of a State-centric approach — which could only behold inter-State relations — unduly underestimated and irresponsibly neglected the position of the human person in international law, in the law of nations (*droit des gens*). The distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is of no assistance to a case like the present one before the Court. International crimes are not acts of State, nor are they “private acts” either; a crime is a crime, irrespective of who committed it.

182. History shows that war crimes and crimes against humanity are generally committed by individuals with the support of the so-called State “intelligence” (with all its cruelty), misuse of language, material resources and the apparatus of the State, in pursuance of State policies. The individual and the State responsibilities for such crimes are thus complementary, one does not exclude the other; there is no room for the invocation of State immunities in face of those crimes.

183. Perpetrators of such crimes — individuals and States alike — cannot seek to avoid the legal consequences of those anti-juridical acts, of those breaches of *jus cogens*, by invoking immunities. International legal doctrine in our days appears to be at last prepared to acknowledge the

trines traditionnelles qui sont totalement inadéquates aux fins de l'examen de la présente affaire. Ces théories traditionnelles, dans la myopie de leur focalisation sur l'Etat, oublient les leçons des pères fondateurs du droit des nations, qui indiquent qu'il faut reconnaître que les individus sont des sujets du droit des nations (le droit des gens).

179. Aucun Etat ne peut, ni ne doit jamais être autorisé à, invoquer la souveraineté pour réduire des êtres humains en esclavage et/ou les exterminer, et ensuite se soustraire aux conséquences juridiques en s'abritant derrière le bouclier de l'immunité de l'Etat. Il n'y a pas d'immunité pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. L'immunité n'a jamais été conçue pour permettre une telle inéquité. S'obstiner à suivre une approche strictement étatique dans les relations de responsabilité aboutit à une injustice manifeste. La présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* en témoigne éloquentement.

180. Les individus sont effectivement des sujets de droit international (pas seulement des «acteurs»), et, chaque fois que la doctrine juridique s'est écartée de cette proposition, les conséquences et les résultats ont été catastrophiques. Les individus sont titulaires de droits et débiteurs d'obligations qui découlent *directement* du droit international (le *jus gentium*). Les évolutions convergentes intervenues ces dernières décennies dans le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, puis dans le droit international pénal, en témoignent sans équivoque.

181. La doctrine des immunités souveraines, à laquelle la myopie d'une approche centrée sur l'Etat, qui ne pouvait envisager que les relations interétatiques, a permis de prospérer, a indûment sous-estimé et négligé de manière irresponsable la situation de la personne humaine en droit international, dans le droit des nations (droit des gens). La distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* n'est d'aucune aide dans une affaire comme la présente affaire. Les crimes internationaux ne sont pas des actes d'Etat, pas plus qu'ils ne sont des «actes privés»; un crime est un crime, quel que soit son auteur.

182. L'histoire montre que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont généralement commis par des individus avec l'appui des services de renseignements («intelligence») de l'Etat (avec toute sa cruauté), au moyen d'abus de langage et grâce aux ressources matérielles et à l'appareil de l'Etat, dans la poursuite des politiques de celui-ci. Les responsabilités de l'individu et de l'Etat pour de tels crimes sont ainsi complémentaires, l'une n'exclut pas l'autre; il n'y a aucune possibilité d'invoquer les immunités de l'Etat face à de tels crimes.

183. Les auteurs de tels crimes, individus comme Etats, ne peuvent se soustraire aux conséquences juridiques de ces actes antijuridiques, de ces violations du *jus cogens*, en invoquant les immunités. La doctrine juridique internationale contemporaine semble être au moins prête à recon-

duties of States vis-à-vis individuals under their respective jurisdictions<sup>214</sup>. This should have been the primary concern in the adjudication of the present case before the Court.

### XIX. NO STATE IMMUNITIES FOR *DELICTA IMPERII*

184. This brings me to the next point to consider, namely, the absence or inadmissibility of State immunities in face of *delicta imperii*, of international crimes in breach of *jus cogens*. I shall refer to two illustrations of such *delicta imperii* often referred in the course of proceedings of the *cas d'espèce*, namely, the perpetration of massacres of civilians in situations of defencelessness (as illustrated, *inter alia*, by the massacre of Distomo in Greece, and the massacre of Civitella in Italy), and the practice of deportation and subjection to forced labour in war industry, that took place during the Second World War. Such *delicta imperii*, marking the factual origin of the claim of State immunity before the Court, were committed within a pattern of extreme violence which led to several other episodes of the kind, not only in Greece and Italy, but also in other occupied countries as well, during the Second World War.

#### 1. *Massacres of Civilians in Situations of Defencelessness*

##### (a) *The massacre of Distomo*

185. In my separate opinion at a prior stage of the present case opposing Germany to Italy, with Greece intervening (Court's Order of 4 July 2011, on Greece's Request for Intervention), I have already referred to the massacre of Distomo (on 10 June 1944) — wherein 218 villagers (men, women and children) were murdered by the Nazi forces — a massacre which was brought to the attention of the Court in the course of the proceedings. In that separate opinion, I evoked one of the historical accounts of it (para. 29).

186. There are, furthermore, other historical accounts of that massacre, including one of the devastation of, and the desolation in, the Greek village of Distomo, shortly after its perpetration: this was recalled by Sture Linnér, the (then) Head of the Mission of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in Greece, who arrived at the village shortly after the aforementioned massacre in order to provide assistance.

---

<sup>214</sup> Cf., e.g., J. Stigen, "Which Immunity for Human Rights Atrocities?", in *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (ed. C. Eboe-Osui), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 750-751, 756, 758, 775-779, 785 and 787; M. Panezi, "Sovereign Immunity and Violation of *Jus Cogens* Norms", 56 *Revue hellénique de droit international* (2003), pp. 208-210 and 213-214; P. Gaeta, "Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?", *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (ed. O. Ben-Naftali), Oxford University Press, 2011, pp. 319-320 and 325.

naître les obligations des Etats vis-à-vis des individus placés sous leur juridiction<sup>214</sup>. Tel aurait dû être le premier souci de la Cour dans la présente affaire.

### XIX. PAS D'IMMUNITÉS DE L'ÉTAT EN CAS DE *DELICTA IMPERII*

184. Cela m'amène au point suivant de mon examen, à savoir l'absence ou l'inadmissibilité des immunités de l'Etat face à des *delicta imperii*, ou crimes internationaux violant le *jus cogens*. Je vais me pencher sur deux exemples de tels *delicta imperii* souvent mentionnés lors de la présente procédure, à savoir les massacres de civils sans défense (illustrés notamment par le massacre de Distomo en Grèce et le massacre de Civitella en Italie), et la pratique de la déportation et du travail forcé dans les industries de guerre durant la seconde guerre mondiale. Ces *delicta imperii*, qui sont à l'origine factuelle de l'invocation de l'immunité de l'Etat devant la Cour, ont été commis avec une violence extrême et systématique qui s'est manifestée dans plusieurs autres épisodes de la même espèce, non seulement en Grèce et en Italie, mais aussi dans d'autres pays occupés durant la seconde guerre mondiale.

#### 1. *Massacres de civils sans défense*

##### a) *Le massacre de Distomo*

185. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 4 juillet 2011 sur la requête en intervention de la Grèce dans la présente affaire, j'ai souvent mentionné le massacre de Distomo (intervenu le 10 juin 1944), dans le cadre duquel 218 villageois (hommes, femmes et enfants) ont été assassinés par les forces nazies, un massacre qui a été porté à l'attention de la Cour durant la procédure. Dans cette opinion individuelle, j'évoquais une des relations historiques de cet événement (par. 29).

186. Il existe en outre d'autres comptes rendus historiques de ce massacre, y compris un faisant état de la dévastation et de la désolation du village grec de Distomo peu après sa commission: il émane de Sture Linnér, qui était alors chef de la mission du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en Grèce, qui est arrivé dans le village peu après le massacre pour apporter son assistance. Le compte rendu qui suit (extraits)

<sup>214</sup> Voir par exemple J. Stigen, «Which Immunity for Human Rights Atrocities?», *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (dir. publ., C. Eboe-Osuji), Leyde, Nijhoff, 2010, p. 750-751, 756, 758, 775-779, 785 et 787; M. Panezi, «Sovereign Immunity and Violation of *Jus Cogens* Norms», *Revue hellénique de droit international*, vol. 56 (2003), p. 208-210 et 213-214; P. Gaeta, «Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?», *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (dir. publ., O. Ben-Naftali), Oxford University Press, 2011, p. 319-320 et 325.

The account that follows (excerpt), describes the brutalities of the Nazi forces, as verified in the bodies of the victims that he found at the village of Distomo and on the way thereto:

“We needed too much time to cross the broken roads and the many blockades to reach, at dawn, the central road that led to Distomo. From the edges of the road, vultures got up from low height, slowly and unwillingly, when they heard us approach. From every tree, along the road and for hundreds of metres, human bodies were hanging, stabilised with bayonets, some of whom were still alive. They were villagers who were punished in this way: they were suspected for helping the partisans of the area, who attacked an SS detachment. The smell was unbearable.

Inside the village, the fire was still burning in the ashes of the houses. Hundreds of people, of all ages, from elders to newborns, were lying on the ground. They [the Nazis] had torn the uterus and removed the breasts of many women; others were lying strangled with their intestines still tied around their necks. It seemed that no one had survived.

But! An elder man at the end of the village! He had miraculously survived the massacre. He was shocked by the terror, his gaze was empty and his speech was incomprehensible. We got out of the car in the middle of the disaster and we shouted in Greek: ‘The Red Cross, the Red Cross! We came to help’.”<sup>215</sup>

187. In the adjudication of the case of the *Massacre of Distomo*, the legacy of the decisions of the Livadia Court of First Instance (case of *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, 1997) and of the *Areios*

<sup>215</sup> “Απαιτήθηκε ανυπόφορα μεγάλο χρονικό διάστημα έως ότου διασχίσουμε τους χαλασμένους δρόμους και τα πολλά μπλόκα για να φτάσουμε, χαράματα πια, στον κεντρικό δρόμο που οδηγούσε στο Δίστομο. Από τις άκρες του δρόμου ανασηκόνονταν γύπες από χαμηλό ύψος, αργά και απρόθυμα, όταν μας άκουγαν που πλησιάζαμε. Σε κάθε δέντρο, κατά μήκος του δρόμου για εκατοντάδες μέτρα, κρεμόντουσαν ανθρώπινα σώματα, σταθεροποιημένα με ξιφολόγχες, κάποια εκ των οποίων ήταν ακόμη ζωντανά. Ήταν οι κάτοικοι του χωριού που τιμωρήθηκαν με αυτόν τον τρόπο: θεωρήθηκαν ύποπτοι για παροχή βοήθειας στους αντάρτες της περιοχής, οι οποίοι επιτέθηκαν σε δύναμη των Ες Ες. Η μυρωδιά ήταν ανυπόφορη.

Μέσα στο χωριό σιγόκαιγε ακόμη φωτιά στα αποκαϊδία των σπιτιών. Στο χώμα κείτονταν διασκορπισμένοι εκατοντάδες άνθρωποι κάθε ηλικίας, από υπερήλικες έως νεογέννητα. Σε πολλές γυναίκες είχαν σχίσει τη μήτρα με την ξιφολόγχη και αφαιρέσει τα στήθη, άλλες κείτονταν στραγγαλισμένες, με τα εντόσθια τυλιγμένα γύρω από το λαιμό. Φαινόταν σαν να μην είχε επιζήσει κανείς.

Μα να! Ένας παππούς στην άκρη του χωριού! Από θαύμα είχε καταφέρει να γλυτώσει τη σφαγή. Ήταν σοκαρισμένος από τον τρόμο, με άδειο βλέμμα, τα λόγια του πλέον μη κατανοητά. Κατεβήκαμε στη μέση της συμφοράς και φωνάζαμε στα ελληνικά: «Ερυθρός Σταυρός! Ερυθρός Σταυρός! Ήρθαμε να βοηθήσουμε” (Sture Linnér, *Min Odysseé* (1982), as reprinted in: Petros Antaios *et al.* (eds.), *Η Μαύρη Βίβλος της Κατοχής* (*The Black Book of Occupation*), 2nd ed., Athens, National Council for the Claim of Reparations Owed by Germany to Greece, 2006, pp. 114-115.) [*Unofficial translation.*]

décrit les brutalités commises par les forces nazies, attestées par les corps des victimes qu'il a trouvés dans le village de Distomo et sur la route y menant :

«Il nous a fallu beaucoup trop de temps pour traverser les routes détruites et les nombreux barrages pour atteindre, à l'aube, la route centrale qui menait à Distomo. Sur les bords de la route, des vautours ont pris de l'altitude, lentement et avec réticence, quand ils nous ont entendus approcher. Sur chaque arbre, le long de la route et sur des centaines de mètres, des corps humains pendaient, stabilisés par des baïonnettes, dont certains étaient encore en vie. Il s'agissait des villageois punis de cette manière: ils étaient soupçonnés d'avoir aidé les partisans de la région qui avaient attaqué un détachement SS. L'odeur était insupportable.

A l'intérieur du village, les maisons étaient en cendres, mais le feu brûlait encore. Des centaines de personnes, de tous âges, des personnes âgées aux nouveau-nés, étaient étendues sur le sol. Ils [les nazis] avaient déchiré l'utérus et coupé les seins de nombreuses femmes; d'autres gisaient étranglées, les intestins encore enroulés autour du cou. Il semblait que personne n'ait survécu.

Soudain, un vieil homme au bout du village! Il avait miraculeusement survécu au massacre. Il était paralysé de terreur, son regard était vide et ses paroles incompréhensibles. Nous sommes sortis de la voiture au milieu du désastre et avons crié en grec: «La Croix-Rouge, la Croix-Rouge! Nous venons vous aider».»<sup>215</sup>

187. Dans le jugement de l'affaire du *Massacre de Distomo*, il découle des décisions du tribunal de première instance de Livadia (affaire *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, 1997) et de l'*Areios*

<sup>215</sup> «Απαιτήθηκε ανυπόφορα μεγάλο χρονικό διάστημα έως ότου διασχίσουμε τους χαλασμένους δρόμους και τα πολλά μπλόκα για να φτάσουμε, χαράματα πια, στον κεντρικό δρόμο που οδηγούσε στο Δίστομο. Από τις άκρες του δρόμου ανασηκωνόνταν γύπες από χαμηλό ύψος, αργά και απρόθυμα, όταν μας άκουγαν που πλησιάζαμε. Σε κάθε δέντρο, κατά μήκος του δρόμου για εκατοντάδες μέτρα, κρεμόντουσαν ανθρώπινα σώματα, σταθεροποιημένα με ξιφολόγχες, κάποια εκ των οποίων ήταν ακόμη ζωντανά. Ήταν οι κάτοικοι του χωριού που τιμωρήθηκαν με αυτόν τον τρόπο: θεωρήθηκαν ύποπτοι για παροχή βοήθειας στους αντάρτες της περιοχής, οι οποίοι επιτέθηκαν σε δύναμη των Ες Ες. Η μυρωδιά ήταν ανυπόφορη.

Μέσα στο χωριό σιγόκαιγε ακόμη φωτιά στα αποκαΐδια των σπιτιών. Στο χώμα κείτονταν διασκορπισμένοι εκατοντάδες άνθρωποι κάθε ηλικίας, από υπερηλικίες έως νεογέννητα. Σε πολλές γυναίκες είχαν σχίσει τη μήτρα με την ξιφολόγχη και αφαιρούσε τα στήθη, άλλες κείτονταν στραγγαλισμένες, με τα εντόσθια τυλιγμένα γύρω από το λαιμό. Φαινόταν σαν να μην είχε επιζήσει κανείς.

Μα να! Ένας παππούς στην άκρη του χωριού! Από θάυμα είχε καταφέρει να γλυτώσει τη σφαγή. Ήταν σοκαρισμένος από τον τρόμο, με άδειο βλέμμα, τα λόγια του πλέον μη κατανοητά. Κατεβήκαμε στη μέση της συμφοράς και φωνάζαμε στα ελληνικά: «Ερυθρός Σταυρός! Ερυθρός Σταυρός! Ήρθαμε να βοηθήσουμε!» (Sture Linnér, *Min Odysseé* (1982), reproduit dans Petros Antaios *et al.* (dir. publ.), *Η Μαύρη Βίβλος της Κατοχής* (*Le livre noir de l'occupation*), 2<sup>e</sup> éd., Athènes, Conseil national des demandes de réparations dues par l'Allemagne à la Grèce, 2006, p. 114-115.) [Traduction non officielle.]

*Pagos* (2001, upon appeal from Germany) — whether one fully agrees with the whole of their reasoning or not — is that the Third Reich's acts (of their armed forces) carried out in the territory of the forum State (i.e. the massacre of Distomo, in Greece) were not acts *jure imperii*, but rather breaches of *jus cogens* (failing to comply with the obligations imposed upon it by the Regulations annexed to the IV Hague Convention (1907) respecting the Laws and Customs of War on Land), thereby discarding the possibility of any invocation of sovereign immunity<sup>216</sup>.

188. Furthermore, it should not pass unnoticed that, in the course of the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, counsel for Germany took the commendable initiative — in a sign of maturity — of recognizing the responsibility of the State for the massacre of Distomo. To this effect, in the public sitting before the Court, after recalling the origins of the claim against Germany “enshrined in the judgment of the Court of Livadia”, pertaining to the *Massacre of Distomo* case, counsel for Germany — though contending that the issue of State immunity was a distinct one — stated:

“( . . . ) Let me emphasize again: this was an abominable crime. We, as counsel for Germany, in the name of Germany, deplore deeply what happened at Distomo, being ourselves unable to understand how military forces may exceed any boundaries of law and humanity by killing women, children and elderly men ( . . . ).”<sup>217</sup>

(b) *The massacre of Civitella*

189. Another massacre, in the same pattern of extreme violence, was perpetrated, on 29 June 1944, by the Nazi forces in the town of Civitella (near the town of Arezzo), in Italy, during which 203 civilians were killed. The matter was again brought into the cognizance of the Italian Court of Cassation, half a decade after its decision of 2004 in the *Ferrini* case. Thus, on 29 May 2008, the *Corte di Cassazione* rendered 12 identical decisions endorsing its position in the *Ferrini* case<sup>218</sup>, to the effect that State

<sup>216</sup> For the view that the focus on territoriality (of those two Greek courts' decisions as well as of the decision of the Italian *Corte di Cassazione* in the *Ferrini* case, 2004) could have yielded to greater stress on *universal values* shared by the international community, cf. Xiaodong Yang, “*Jus Cogens* and State Immunity”, 3 *New Zealand Yearbook of International Law* (2006), pp. 163-164 and 167-169. And, on the divergences of State practice causing the erosion of State immunities, in face of the growing demand for protection of the rights of the human person, cf. R. Garnett, “Should Foreign State Immunity Be Abolished?”, 20 *Australian Year Book of International Law* (1999), pp. 175-177 and 190.

<sup>217</sup> CR 2011/20, p. 28, para. 28.

<sup>218</sup> Cf. R. Pavoni and S. Beaulac, “L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international — Etude croisée Italie/Canada”, 43 *Revue juridique Thémis* (2009), Montréal, pp. 503-506 and 515-516; and A. Atteritano, “Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years”, 19 *Italian Yearbook of International Law* (2009), p. 35.

*Pagos* (2001, sur appel de l'Allemagne) — que l'on soit ou non pleinement d'accord avec l'ensemble de leur raisonnement — que les actes du III<sup>e</sup> Reich (de ses forces armées) commis sur le territoire de l'Etat du for (c'est-à-dire le massacre de Distomo en Grèce) étaient non pas des actes *jure imperii*, mais bien des violations du *jus cogens* (non-respect des obligations imposées par le Règlement annexé à la quatrième convention de La Haye (1907) relatif au respect des lois et coutumes de la guerre sur terre), ce qui élimine la possibilité d'invoquer l'immunité souveraine<sup>216</sup>.

188. De plus, il convient de remarquer que, au cours de la procédure devant la Cour dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, le conseil de l'Allemagne a pris une initiative louable, signe de maturité, en reconnaissant la responsabilité de l'Etat pour le massacre de Distomo. A cet effet, en audience publique, après avoir rappelé les origines de la demande formulée contre l'Allemagne « traitée dans le jugement du tribunal de Livadia » concernant l'affaire du *Massacre de Distomo*, le conseil de l'Allemagne — tout en affirmant que la question de l'immunité de l'Etat était une question distincte — a déclaré :

« ... Je ne le répéterai jamais assez : ce crime était abominable. En tant que conseil de l'Allemagne, et au nom de cet Etat, nous déplorons profondément les événements de Distomo, et ne parvenons pas nous-mêmes à comprendre comment des militaires peuvent aller au-delà de ce qu'exigent le droit et le principe d'humanité en assassinant des femmes, des enfants et des personnes âgées... »<sup>217</sup>

b) *Le massacre de Civitella*

189. Un autre massacre a été perpétré avec la même violence extrême le 29 juin 1944 par les forces nazies dans la ville de Civitella (près d'Arezzo), en Italie, au cours duquel 203 civils ont été tués. La question a de nouveau été portée devant la Cour de cassation italienne, une demi-décennie après sa décision de 2004 dans l'affaire *Ferrini*. C'est ainsi que, le 29 mai 2008, la *Corte di Cassazione* a rendu douze décisions identiques reprenant la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire *Ferrini*<sup>218</sup>, à

<sup>216</sup> Sur l'opinion selon laquelle l'accent mis sur la territorialité (par les décisions des tribunaux grecs comme par celle de la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini* en 2004) aurait pu mettre davantage à l'épreuve les *valeurs universelles* partagées par la communauté internationale, voir Xiaodong Yang, « *Jus Cogens and State Immunity* », *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), p. 163-164 et 167-169. Et, sur les divergences de la pratique des Etats amenant une érosion des immunités de l'Etat face à l'exigence croissante de protection des droits de la personne humaine, voir R. Garnett, « *Should Foreign State Immunity Be Abolished?* », *Australian Year Book of International Law*, vol. 20 (1999), p. 175-177 et 190.

<sup>217</sup> CR 2011/20, p. 28, par. 28.

<sup>218</sup> Voir R. Pavoni et S. Beaulac, « L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international — Etude croisée Italie/Canada », *Revue juridique Thémis*, vol. 43 (2009), Montréal, p. 503-506 et 515-516; et A. Atteritano, « Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 19 (2009), p. 35.

immunity does not apply in cases of international crimes (grave breaches of human rights and of international humanitarian law) amounting to breaches of *jus cogens*.

190. Shortly afterwards, on 13 January 2009, the Italian Court of Cassation again confirmed its position (judgment of 21 October 2008), in the case of the *Massacre of Civitella*. In effect, the case *Milde v. Civitella* concerned criminal proceedings against a Nazi officer, former member of the *Wehrmacht* (the armed forces), who took part in that massacre, conducted by the Hermann Göring tank division on 29 June 1944. The *Corte di Cassazione*, having found that the *Massacre of Civitella* was an international crime, denied immunity from civil jurisdiction, and upheld the right to reparation of the victims or their surviving relatives, from the Federal Republic of Germany and from Milde (as joint debtors).

191. The keypoint of the Italian Court of Cassation's decision, in the line of the interpretative guidelines of the *Ferrini* judgment<sup>219</sup>, was its denial of State immunity in the occurrence of State pursuance of a criminal policy conducive to the perpetration of crimes against humanity. The decision of the *Corte di Cassazione*, in the case of the *Massacre of Civitella*, was clearly value-oriented, in the sense that a State cannot avail itself of immunity in case of grave violations of human rights; emphasis was led, in such circumstances, on the individual victim's right to reparation<sup>220</sup>.

## 2. *Deportation and Subjection to Forced Labour in War Industry*

192. Attention has already been drawn to the long-standing prohibition, in the realm of international humanitarian law, of ill-treatment of civilians, deported and subjected to forced labour in war industry, in inhuman conditions. This prohibition, as already pointed out, is set forth at normative level, and found in works of codification of international law. It amounts to cruel, inhuman and degrading treatment (in the domain of international human rights law), and belongs to the domain of *jus cogens*.

193. Such international crime soon met with judicial recognition, not only of international criminal tribunals, such as in the pioneering trials of the Nuremberg and the Tokyo Tribunals, but also of international human rights tribunals, as acknowledged by the recent adjudication by the ECHR of the case *Kononov v. Latvia* (2008-2010). Such crime is not an act *jure imperii* nor an act *jure gestionis*: it is an international crime, irrespective of whom committed it, engaging both State and individual responsibility.

<sup>219</sup> Cf. A. Gianelli, "Crimini Internazionali ed Immunità degli Stati dalla Giurisdizione nella Sentenza *Ferrini*", 87 *Rivista di diritto internazionale* (2004), pp. 648-650, 655-657, 660-667, 671-680 and 683-684.

<sup>220</sup> A. Ciampi, "The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case relating to the Second World War — The *Civitella* Case", 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 605 and 607-608; and cf. pp. 599-601, on the uniqueness of the *Civitella* proceedings.

savoir que l'immunité des Etats ne s'applique pas dans les cas de crimes internationaux (violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire) constituant des violations du *jus cogens*.

190. Peu après, le 13 janvier 2009, la Cour de cassation italienne a confirmé cette position (arrêt du 21 octobre 2008) dans l'affaire du *Massacre de Civitella*. En fait, l'affaire *Milde c. Civitella* concernait une instance pénale engagée contre un officier nazi, ancien membre de la Wehrmacht (les forces armées), qui avait participé au massacre perpétré par la division blindée Hermann-Göring le 29 juin 1944. La *Corte di Cassazione*, ayant jugé que le massacre de Civitella constituait un crime international, a refusé d'accorder l'immunité de juridiction civile et a confirmé le droit à réparation des victimes ou de leurs parents survivants, un droit opposable à la République d'Allemagne et à Milde (en tant que débiteurs solidaires).

191. Le point clé de la décision de la Cour de cassation italienne, dans la ligne des directives d'interprétation de l'arrêt *Ferrini*<sup>219</sup>, est qu'elle déniait toute immunité à un Etat poursuivant une politique criminelle propice à la perpétration de crimes contre l'humanité. La décision de la *Corte di Cassazione* dans l'affaire du *Massacre de Civitella* fut manifestement axée sur les valeurs, au sens où un Etat ne peut se prévaloir de l'immunité en cas de violations graves des droits de l'homme; l'accent est mis, dans de telles circonstances, sur le droit à réparation de la victime individuelle<sup>220</sup>.

## 2. Déportation et travail forcé dans l'industrie de guerre

192. L'attention a déjà été appelée sur le fait qu'il est depuis longtemps interdit, en droit international humanitaire, de maltraiter les civils, de les déporter, ou de les forcer à travailler dans l'industrie de guerre dans des conditions inhumaines. Cette interdiction, comme on l'a déjà souligné, est énoncée au niveau normatif et figure dans des codifications du droit international. Elle relève des traitements cruels, inhumains ou dégradants (dans le domaine du droit international des droits de l'homme) et du domaine du *jus cogens*.

193. Ce crime international a rapidement été sanctionné par la justice, non seulement dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux, comme lors des procès des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, mais aussi dans le cadre des tribunaux internationaux des droits de l'homme, comme l'atteste le jugement rendu récemment par la CEDH dans l'affaire *Kononov c. Lettonie* (2008-2010). Un tel crime n'est pas un acte *jure imperii* ni un acte *jure gestionis*: il s'agit d'un crime international, quel que soit son auteur, engageant et la responsabilité de l'Etat et celle de l'individu.

<sup>219</sup> Voir A. Gianelli, «Crimini Internazionali ed Immunità degli Stati dalla Giurisdizione nella Sentenza *Ferrini*», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 87 (2004), p. 648-650, 655-657, 660-667, 671-680 et 683-684.

<sup>220</sup> A. Ciampi, «The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case relating to the Second World War — The *Civitella* Case», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 605 et 607-608; et voir p. 599-601 sur le caractère unique de l'affaire *Civitella*.

194. Parallel to the concentration camps (of extermination), in the course of the Second World War Nazi Germany established also a network of forced labour camps, less studied by historians to date. They were intended to exploit the forced labour of detainees from the occupied countries. There were numerous camps of this kind, erected also by private enterprises within their premises; in this “privatized” system, the forced labour of detainees was exploited<sup>221</sup>, even without remuneration, and in *infra*-human conditions of living, or rather surviving.

195. Those subjected to this ordeal were detained civilians and prisoners of war from occupied countries, who were deported to work in private industry in Nazi Germany; there, they were subjected to forced labour in the production of weapons, in sub-human conditions of work<sup>222</sup>. They became part of a vast productive enterprise aimed at the planned destruction of the enemies and the perpetration of massacres, in a campaign of extermination in the so-called *total war*<sup>223</sup>. Civilians, and prisoners of war who became forced labourers<sup>224</sup>, were all subsumed in this process of dehumanization of all those involved in this enterprise.

196. The regime of forced labour during the Second World War — insufficiently studied to date — was marked by manipulation, distortions and lies; according to the few historical accounts available, workers were constantly threatened, and forced labour was reduced into slave work in Nazi Germany’s war industry<sup>225</sup>. From 1943 onwards, forced labour became vital to Nazi Germany’s war efforts; slave workers hoped to survive by participating, under coercion and domination, in the war industry of their persecutors<sup>226</sup>. Forced labour in occupied countries was put in practice by the Third Reich with a long-term projection, in order to sustain the war economy<sup>227</sup>.

---

<sup>221</sup> C. R. Browning, *A l’intérieur d’un camp de travail nazi — Récits des survivants: mémoire et histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 24.

<sup>222</sup> E. Traverso, *La Violencia Nazi — Una Genealogía Europea*, Buenos Aires/Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 42-43, and cf. p. 92.

<sup>223</sup> The sinister book by E. Ludendorff (*La guerre totale* [1935], Paris, Perrin, 2010 (reed.), pp. 49-286), a crude incitement to total war (of extermination) involving the whole population, launched in 1935, had by 1939 sold some 100,000 copies, in anticipation of Hitler’s total war of 1939-1945, with its devastating consequences.

<sup>224</sup> E. Traverso, *op. cit. supra* note 222, pp. 96 and 100.

<sup>225</sup> C. R. Browning, *op. cit. supra* note 221, pp. 34 and 197.

<sup>226</sup> *Ibid.*, pp. 350-351.

<sup>227</sup> In this regard, Himmler is reported to have stressed, in a speech delivered to the senior leadership of the SS in June 1942, that “if we do not fill our camps with slaves (. . .), then even after years of war we will not have enough money to be able to equip the settlements in such a manner that real Germanic people can live there and take root in the first generation”; cited in M. Mazower, *Hitler’s Empire — Nazi Rule in Occupied Europe*, London, Penguin Books, 2009, p. 309.

194. Parallèlement aux camps de concentration (d'extermination), durant la seconde guerre mondiale l'Allemagne nazie a aussi créé un réseau de camps de travail forcé, moins étudiés jusqu'ici par les historiens. Ces camps visaient à exploiter le travail forcé de prisonniers originaires de pays occupés. Il y eut de nombreux camps de ce type, également construits par des entreprises privées dans des lieux leur appartenant; dans ce système «privatisé», le travail forcé des détenus fut exploité<sup>221</sup>, sans même être rémunéré, dans des conditions de vie, ou plutôt de survie, *infra*-humaines.

195. Les personnes soumises à cette épreuve étaient des civils et des prisonniers de guerre des pays occupés, qui furent déportés pour travailler dans l'industrie privée en Allemagne nazie; ils y furent soumis au travail forcé pour la production d'armes dans des conditions de travail sub-humaines<sup>222</sup>. Ils prirent place dans une vaste entreprise de production visant à la destruction planifiée d'ennemis et la perpétration de massacres, en une campagne d'extermination menée dans le cadre de la *guerre totale*<sup>223</sup>. Des civils et des prisonniers de guerre devenus des travailleurs forcés<sup>224</sup> furent tous soumis à ce processus de déshumanisation de tous ceux qui participèrent à cette entreprise.

196. Le régime de travail forcé durant la seconde guerre mondiale, insuffisamment étudié à ce jour, fut marqué par des manipulations, distorsions et mensonges. Selon les quelques comptes rendus historiques existants, les travailleurs étaient constamment menacés, et le travail forcé fut ramené à un travail d'esclave dans l'industrie de guerre de l'Allemagne nazie<sup>225</sup>. A partir de 1943, le travail forcé devint vital pour les efforts de guerre de l'Allemagne nazie; les travailleurs-esclaves espéraient survivre en participant, sous la contrainte et la domination, à l'industrie de guerre de ceux qui les persécutaient<sup>226</sup>. Le travail forcé dans les pays occupés fut mis en pratique par le III<sup>e</sup> Reich avec une projection à long terme, afin de soutenir l'économie de guerre<sup>227</sup>.

<sup>221</sup> C. R. Browning, *A l'intérieur d'un camp de travail nazi — Récits des survivants: mémoire et histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 24.

<sup>222</sup> E. Traverso, *La Violencia Nazi — Una Genealogía Europea*, Buenos Aires/Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 42-43, et voir p. 92.

<sup>223</sup> Le sinistre ouvrage de E. Ludendorff (*La guerre totale* [1935], Paris, Perrin, 2010 (rééd.), p. 49-286), une exhortation brutale à la guerre totale (d'extermination) avec la participation de l'ensemble de la population, publié en 1935, s'était en 1939 vendu à quelque 100 000 exemplaires, anticipant la guerre totale d'Hitler de 1939-1945, avec ses conséquences dévastatrices.

<sup>224</sup> E. Traverso, *op. cit. supra* note 222, p. 96 et 100.

<sup>225</sup> C. R. Browning, *op. cit. supra* note 221, p. 34 et 197.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 350-351.

<sup>227</sup> A cet égard, Himmler aurait souligné, dans un discours prononcé devant les hauts dirigeants de la SS en juin 1942, que, « si nous ne remplissons pas nos camps d'esclaves ..., même après des années de guerre nous n'aurons pas assez d'argent pour équiper nos colonies de telle manière que le vrai peuple germanique puisse y vivre et y prendre racine dès la première génération »; cité dans M. Mazower, *Hitler's Empire — Nazi Rule in Occupied Europe*, Londres, Penguin Books, 2009, p. 309.

197. Members of the civilian populations of the occupied countries during the Second World War were deported and subjected to conditions of slave labour in the war industry in Germany. Likewise — as the present case discloses — besides civilians, members of the Italian armed forces were denied and deprived of the status of prisoners of war (and the protections ensuing from that status) and used as forced labourers in the German war industry. These crimes, perpetrated with great cruelty<sup>228</sup>, generated, not surprisingly, much resentment in occupied countries, and incited the organized resistance movements therein to struggle against them<sup>229</sup>.

198. It is estimated that, “[b]y the fall of 1944, 7.7 million foreign workers were in Germany”<sup>230</sup>. The conditions of “slave labour” and “forced labour” have thus been defined by German reparations law<sup>231</sup>:

“[*Slave labour*:] Work performed by force in a concentration camp (as defined in the German Indemnification Law) or a ghetto or another place of confinement under comparable conditions of hardship, as determined by the German Foundation.

[*Forced labour*:] Work performed by force (other than ‘slave labour’) in the territory of the German Reich or in a German-occupied area, and outside the territory of Austria, under conditions resembling imprisonment or extremely harsh living conditions; or work performed by force under a program of implementing the National Socialist policy of ‘extermination through work’ (*Vernichtung durch Arbeit*) outside the territory of Austria.”<sup>232</sup>

<sup>228</sup> In one of the testimonies on them, from Maideneck (*Communiqué* of the Commission extraordinaire polono-soviétique), it is reported that:

“The Germans forced numerous groups (1,200 people) of professors, doctors, engineers and other specialists brought over from Greece to carry out work beyond their physical capabilities — the transport of heavy stones. The SS beat to death any who fell, exhausted by this back-breaking work. That entire group of Greek intellectuals was wiped out within five weeks by a system of starvation, gruelling work, beatings and murder.” [*Translation by the Registry.*] In: *Paroles de déportés — Témoignages et rapports officiels*, Paris, Bartillat, 2009 (reed.), p. 113.

<sup>229</sup> J. Bourke, *La Segunda Guerra Mundial — Una Historia de las Víctimas*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43, and cf. pp. 144 and 175.

<sup>230</sup> J. Authers, “Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Labourers”, in *The Handbook of Reparations* (ed. P. de Greiff), Oxford University Press, 2006, pp. 421-422.

<sup>231</sup> Law of 2000, Art. 11 (on “Eligible Persons”).

<sup>232</sup> J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 435.

197. Des membres des populations civiles des pays occupés durant la seconde guerre mondiale furent déportés et astreints à travailler comme esclaves dans l'industrie de guerre en Allemagne. De même, comme le révèle la présente affaire, outre des civils, des membres des forces armées italiennes se virent dénier le statut de prisonnier de guerre (et les protections en découlant) et furent forcés à travailler dans l'industrie de guerre allemande. Ces crimes, commis avec une grande cruauté<sup>228</sup>, ont suscité, cela n'est pas surprenant, beaucoup de ressentiment dans les pays occupés, et incité les mouvements de résistance organisés de ces pays à les combattre<sup>229</sup>.

198. On estime que, «à l'automne 1944, 7,7 millions de travailleurs étrangers se trouvaient en Allemagne»<sup>230</sup>. La «réduction en esclavage» et le «travail forcé» ont été ainsi définis par la loi allemande sur les réparations<sup>231</sup>:

«[*Réduction en esclavage*:] Travail accompli de force dans un camp de concentration (tel que défini dans la loi allemande d'indemnisation) ou un ghetto ou un autre lieu de détention dans des conditions de pénibilité comparables, telles que définies par la fondation allemande.

[*Travail forcé*:] Travail exécuté de force (autre que la «réduction en esclavage») sur le territoire du Reich allemand ou dans une zone occupée par l'Allemagne, et hors du territoire de l'Autriche, dans une situation comparable à la détention et dans des conditions de vie extrêmement dures; ou travail exécuté de force dans le cadre d'un programme de mise en œuvre de la politique nationale-socialiste d'«extermination par le travail» (*Vernichtung durch Arbeit*) hors du territoire de l'Autriche.»<sup>232</sup>

<sup>228</sup> Dans l'un des témoignages les concernant, de Maideneck (*Communiqué* de la Commission extraordinaire polono-soviétique), on peut lire ce qui suit :

«Les Allemands ont fait faire un travail au-dessus de leurs forces — le transport de pierres lourdes — à de nombreux groupes (1 200 personnes) de professeurs, médecins, ingénieurs et autres spécialistes amenés de la Grèce. Les SS frappaient à mort les savants qui tombaient, affaiblis par ce lourd travail. Tout ce groupe de savants grecs a été exterminé en cinq semaines par un système de famine, de travail épuisant, de matraquages et de meurtres.» Cité dans *Paroles de déportés — Témoignages et rapports officiels*, Paris, Bartillat, 2009 (rééd.), p. 113.

<sup>229</sup> J. Bourke, *La Segunda Guerra Mundial — Una Historia de las Víctimas*, Barcelone, Paidós, 2002, p. 43, et voir p. 144 et 175.

<sup>230</sup> J. Authers, «Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Labourers», *The Handbook of Reparations* (dir. publ., P. de Greiff), Oxford University Press, 2006, p. 421-422.

<sup>231</sup> Article 11 de la loi de 2000 (sur les «Personnes pouvant prétendre à réparations»).

<sup>232</sup> Cité dans J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 435.

XX. THE PREVALENCE OF THE INDIVIDUAL'S RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE:  
THE CONTENDING PARTIES' INVOCATION OF THE CASE *GOIBURÚ ET AL.*  
(IACtHR, 2006)

199. From all the aforementioned, it results, in my perception, that it is not at all State immunity that cannot be waived, as some *droit-d'étatistes* keep on insisting even in our days, seemingly incapable of learning the lessons of history (including international legal history). There is no immunity for crimes against humanity. In cases of international crimes, of *delicta imperii*, what cannot be waived, in my understanding, is the individual's right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being. Without that right, there is no credible legal system at all, at national or international levels.

200. Some decades ago, on the basis of a Kantian aphorism ("Out of the crooked timber of humanity no straight thing was ever made"), Isaiah Berlin pondered that "[t]he first public obligation is to avoid extremes of suffering"<sup>233</sup>. To force people into "neat uniforms" demanded by dogmatism — he added — is "almost always the road to inhumanity"; the unprecedented atrocities of the twentieth century show that it is possible to attain "a high degree of scientific knowledge and skill" and yet to subjugate, humiliate and "destroy others without pity"<sup>234</sup>.

201. Tragedy — distinct from mere disaster — is due to "avoidable human mistakes", some with devastating consequences. At the end, concluded Berlin, we are left with a constant return to the idea of an "objective" justice, to universal principles — in the line of natural law thinking, forbidding the treatment of human beings "as means to ends"<sup>235</sup>. In this respect, another great thinker of the twentieth century, Simone Weil, pondered, in an illuminating essay (of 1934, ever since republished in distinct countries and idioms)<sup>236</sup>, that, from the times of *The Iliad* of Homer until nowadays, the influence of war upon human beings has been constantly revealing an "essential evil" of humanity, namely, "the substitution of the ends by the means"; the search for power takes the place of the ends, and transforms human life into a means, which can be sacrificed<sup>237</sup>.

202. From Homer's *Iliad* until today — she added — the unreasonable demands of the struggle for power leave no time to think of what is truly

<sup>233</sup> I. Berlin, *The Crooked Timber of Humanity — Chapters in the History of Ideas* [1959], Princeton University Press, 1991, p. 17, and cf. pp. 18-19.

<sup>234</sup> *Ibid.*, pp. 19 and 180.

<sup>235</sup> *Ibid.*, pp. 185, 204-205 and 257.

<sup>236</sup> S. Weil, "Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale", *Œuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, pp. 273-347.

<sup>237</sup> S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82.

XX. LA PRÉVALENCE DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE  
DE L'INDIVIDU : L'INVOCATION PAR LES PARTIES  
DE L'AFFAIRE *GOIBURÚ ET AUTRES* (CIADH, 2006)

199. Il résulte selon moi de tout ce qui précède que ce n'est pas du tout l'immunité de l'Etat qui ne peut être écartée, comme continuent de l'affirmer certains «droit-d'étatistes» même de nos jours, apparemment incapables de tirer des leçons de l'histoire (y compris de l'histoire juridique internationale). Il n'y a pas d'immunité pour les crimes contre l'humanité. En cas de crimes internationaux, de *delicta imperii*, ce qui ne peut être écarté, selon moi, c'est le droit de l'individu d'accéder à la justice, qui comprend le droit à réparation pour les violations graves des droits de l'homme qui lui sont inhérents en tant qu'être humain. En l'absence de ce droit, il n'y a absolument aucun système juridique crédible, au plan national ou international.

200. Il y a quelques décennies, sur la base d'un aphorisme kantien («On n'a jamais rien fabriqué de droit à partir du tronc tordu de l'humanité»), Isaiah Berlin se demandait si «[l]a première obligation publique est d'éviter les extrêmes de la souffrance»<sup>233</sup>. Forcer les gens à porter des «uniformes soignés» comme l'exigeaient les dogmatismes, ajoutait-il, est «presque toujours la voie de l'inhumanité»; les atrocités sans précédent du XX<sup>e</sup> siècle montrent qu'il est possible de parvenir à un «haut degré de connaissance et de compétence scientifique» et pourtant de soumettre, d'humilier et «de détruire d'autres personnes sans pitié»<sup>234</sup>.

201. La tragédie, distincte d'une simple catastrophe, est due à des «erreurs humaines inévitables», dont certaines ont eu des conséquences dévastatrices. Au final, concluait I. Berlin, on en revient toujours à l'idée d'une justice «objective», à des principes universels, dans la ligne du droit naturel, interdisant de traiter les êtres humains comme des «moyens de réaliser des objectifs»<sup>235</sup>. A cet égard, un autre grand penseur du XX<sup>e</sup> siècle, Simone Weil, soulignait dans un essai éclairant (de 1934, republié depuis dans divers pays et diverses langues)<sup>236</sup> que, depuis le temps de *L'Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, l'influence de la guerre sur les êtres humains avait toujours révélé un «mal essentiel» de l'humanité, à savoir «le remplacement des fins par les moyens»; la recherche du pouvoir se substitue aux fins, et transforme la vie de l'homme en un moyen, qui peut être sacrifié<sup>237</sup>.

202. Depuis *L'Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, ajoutait-elle, les exigences déraisonnables de la lutte pour le pouvoir ne laissent pas le temps

<sup>233</sup> I. Berlin, *The Crooked Timber of Humanity — Chapters in the History of Ideas* [1959], Princeton University Press, 1991, p. 17, et voir p. 18-19.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 19 et 180.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 185, 204-205 et 257.

<sup>236</sup> S. Weil, «Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale», *Œuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, p. 273-347.

<sup>237</sup> S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 81-82.

important; individuals are “completely abandoned to a blind collectivity”, incapable of “subjecting their actions to their thoughts”, incapable of thinking<sup>238</sup>. The terms, and distinction between “oppressors and oppressed”, almost lose meaning, given the “impotence” of all individuals in face of the “social machine” of destruction of the spirit and fabrication of the inconstance; all start living — or rather surviving — in the painful domain of the inhuman, in a world wherein “nothing is the measure of man”, wherein there is no attention at all to the needs of the spirit<sup>239</sup>.

203. The prevalence of the individual’s right of access to justice cannot be challenged even in the light of the stratified inter-State mechanism of litigation before the ICJ. In this respect, in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, I deemed it fit to ponder that

“Facts tend to come before the norms, requiring of these latter the aptitude to cover new situations they are meant to regulate, with due attention to superior values<sup>240</sup>. Before this Court, States keep on holding the monopoly of *jus standi*, as well as *locus standi in judicio*, in so far as requests for provisional measures are concerned, but this has not proved incompatible with the preservation of the rights of the human person, together with those of States. The ultimate beneficiaries of the rights to be thereby preserved have been, not seldom and ultimately, human beings, alongside the States wherein they live. Reversely, requesting States themselves have, in their arguments before this Court, gone beyond the strictly inter-State outlook of the past, in invoking principles and norms of the international law of human rights and of international humanitarian law, to safeguard the fundamental rights of the human person.

In so far as material or substantive law is concerned, the inter-State structure of litigation before this Court has not been an unsurmountable obstacle to such vindication of observance of principles and norms of international human rights law and international humanitarian law (. . .).” (*Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, pp. 174-175, paras. 23-34.)

204. Moreover, in my separate opinion appended to this Court’s Advisory Opinion of the day before yesterday, on *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a*

<sup>238</sup> *Op. cit. supra* note 237, pp. 84 and 130.

<sup>239</sup> *Ibid.*, pp. 130-131.

<sup>240</sup> Cf., *inter alia*, G. Morin, *La révolte du droit contre le code — La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, pp. 2, 6-7 and 109-115.

de penser à ce qui est réellement important ; les individus sont « complètement abandonnés à une collectivité aveugle », incapables d'« assujettir leurs actions à leurs pensées », incapables de penser<sup>238</sup>. Les termes « oppresseurs et opprimés » et la distinction entre eux perdent presque leur sens, étant donné l'« impuissance » de tous les individus face à la « machine sociale » de destruction de l'esprit et de fabrication de l'inconscience ; nous commençons tous à vivre — ou plutôt à survivre — dans le domaine douloureux de l'inhumain, dans un monde où « rien n'est à la mesure de l'homme », ou l'on ne prête nulle attention aux besoins de l'esprit<sup>239</sup>.

203. La primauté du droit d'accès à la justice de l'individu ne peut être contestée même à la lumière du mécanisme judiciaire interétatique stratifié devant la CIJ. A cet égard, dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 28 mai 2009 dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, j'ai jugé bon de faire observer ce qui suit :

« Les faits tendent à précéder les normes, qui doivent dès lors être capables de s'étendre aux situations nouvelles qu'elles visent à régler, compte dûment tenu des valeurs supérieures<sup>240</sup>. Devant la Cour, *jus standi* et *locus standi in judicio* demeurent certes le propre des Etats, en ce qui concerne les demandes en indication de mesures conservatoires, mais cela ne s'est pas révélé incompatible avec la protection des droits de la personne humaine, couplés à ceux des Etats. Après tout, les bénéficiaires ultimes des droits à sauvegarder ainsi sont, le plus souvent, des êtres humains en même temps que leurs Etats. Réciproquement, les Etats demandeurs eux-mêmes ont, dans leurs exposés devant la Cour, dépassé cette ancienne vision purement interétatique, en invoquant des principes et des normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire pour assurer la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne humaine.

Du point de vue du droit matériel ou des règles de fond, la structure interétatique des procédures de la Cour n'a jamais constitué un obstacle insurmontable empêchant de défendre ainsi le respect des principes et normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire... » (*Mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 174-175, par. 23-24.)

204. De plus, dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif rendu avant-hier par la Cour dans la procédure concernant le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale de*

<sup>238</sup> *Op. cit. supra* note 237, p. 84 et 130.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 130-131.

<sup>240</sup> Voir notamment G. Morin, *La révolte du droit contre le code — La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, p. 2, 6-7 et 109-115.

*Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, I dwell further upon this particular point. It is not my intention to repeat herein the critical reflections I developed two days ago (keeping in mind the Court's mission as the principal judicial organ of the United Nations), in my separate opinion in that Advisory Opinion. I thus limit myself only to refer to those reflections herein, for the purposes of the present dissenting opinion.

205. In the course of the proceedings in the present case concerning *the Jurisdictional Immunities of the State*, both Germany and Italy expressly referred to the judgment of 22 September 2006 of the IACtHR in the case of *Goiburú et al. v. Paraguay*. Italy was the first to invoke this judgment of the IACtHR, in its Counter-Memorial, of 22 December 2009, in support of its argument that the right of access to justice “is conceived in all systems of human rights of protection as a necessary complement of the rights substantively granted” (para. 4.94). Italy added that,

“Accordingly, it is not surprising that the Inter-American Court of Human Rights has described access to justice as a peremptory norm of international law in a case in which the substantive rights violated were also granted by *jus cogens*.”<sup>241</sup> (Para. 4.94.)

206. For its part, Germany referred to the IACtHR's judgment in the case of *Goiburú et al.*, in the first round of its oral pleadings, so as to respond to the argument of Italy in this regard. Germany first submits that the *Goiburú et al.* case (in the line of other cases decided by the IACtHR), in its view “did not concern war damages” (para. 25). Germany added that that case concerned the right of access to justice in the State which was responsible for the wrongful act and thus did not concern the rule of foreign State immunity (para. 25)<sup>242</sup>.

207. The case of *Goiburú et al.* pertained to the “Operation Condor”, whereby the States of the Southern Cone of South America, during the period of the dictatorships in the 70s, mounted a network of collaboration of their so-called “intelligence services”, to pursue, at inter-State level, their joint criminal policies of repression. These latter were co-ordinated State policies of extermination of targeted segments of their respective populations, consisting of “anti-insurrection” trans-frontier operations, which comprised illegal or arbitrary detentions, kidnappings, torture, murders or extra-judicial executions, and forced disappearances of persons. Planned at the highest level of the State, the “Operation Condor” also secured the cover-up of the operations, and,

<sup>241</sup> Counter-Memorial of Italy, pp. 76-77.

<sup>242</sup> CR 2011/17, p. 44, para. 25; Germany also referred to “an approach similar to that of the Inter-American Court of Human Rights”, taken one year later, by the UN Committee of Human Rights, in its “general comment” No. 32, on Article 14 of the UN Covenant on Civil and Political Rights.

*Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, je m'arrêtais plus avant sur ce point particulier. Je n'ai pas l'intention de reprendre ici les réflexions critiques que j'ai développées il y a deux jours (en ayant à l'esprit la mission de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies) dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à cet avis consultatif. Je me limite donc aux réflexions qui y figurent et sont pertinentes aux fins de la présente opinion dissidente.

205. Au cours de la procédure dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, aussi bien l'Allemagne que l'Italie ont expressément évoqué le jugement du 22 septembre 2006 de la CIADH dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*. L'Italie a été la première à invoquer ce jugement, dans son contre-mémoire en date du 22 décembre 2009, à l'appui de son argument selon lequel, « dans tous les systèmes relatifs à la protection des droits de l'homme », le droit d'accès à la justice « est conçu comme un complément nécessaire des droits substantiels garantis » (par. 4.94). Elle ajoute :

« Il n'est donc pas surprenant que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ait caractérisé l'accès à la justice comme étant une norme impérative du droit international, dans une affaire où les droits substantiels auxquels il était porté atteinte étaient également garantis par des règles de *jus cogens*. »<sup>241</sup> (Par. 4.94.)

206. L'Allemagne a pour sa part évoqué le jugement rendu par la CIADH dans l'affaire *Goiburú et autres* durant le premier tour de plaidoiries pour répondre à l'argument de l'Italie sur ce point. L'Allemagne fait tout d'abord valoir que l'affaire *Goiburú et autres* (comme d'autres affaires tranchées par la CIADH) « ne concerne pas les dommages de guerre » (par. 25). L'Allemagne ajoute que cette affaire portait sur l'accès à la justice dans l'Etat responsable du fait illicite et ne concerne donc en aucune manière la règle de l'immunité des Etats étrangers (par. 25)<sup>242</sup>.

207. L'affaire *Goiburú et autres* concernait l'« opération Condor », dans le cadre de laquelle les Etats du cône sud de l'Amérique du Sud, durant la période de dictature des années 1970, ont organisé un réseau de collaboration de leurs « services de renseignements » pour mettre en œuvre au niveau interétatique leurs politiques criminelles communes de répression. Il s'agissait de politiques d'Etat coordonnées d'extermination de certains segments de leurs populations respectives, qui consistaient en des opérations « contre-insurrectionnelles » transfrontières, à savoir des détentions illégales ou arbitraires, des enlèvements, des actes de torture, des meurtres et des exécutions extrajudiciaires, ainsi que des disparitions forcées. Planifiée au plus haut niveau de l'Etat, l'« opération Condor » assurait égale-

<sup>241</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 76-77.

<sup>242</sup> CR 2011/17, p. 44, par. 25; l'Allemagne évoquait également « une approche similaire à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » adoptée une année plus tard par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans son « observation générale n° 32 sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

with that, the irresponsibility and the absolute impunity of the official perpetrators<sup>243</sup>.

208. In the *cas d'espèce* before the IACtHR, the respondent State itself recognized, in a commendable spirit of procedural co-operation, its own international responsibility for the existence, at the time the grave wrongs took place, of a *criminal State policy*. Those were *crimes of State*, of equivalent gravity to those perpetrated in Asia also in the 70s, in Europe three decades earlier, and again in Europe, and in Africa, two decades later. Time and time again succeeding generations witnessed, in distinct regions of the world, the perpetration of true *crimes of State* (whether segments of the international legal doctrine like this expression or not).

209. In its judgment of 22 September 2006 in the case of *Goiburú et al.*, concerning Paraguay, the IACtHR established the grave violations of human rights that had taken place, and, accordingly, it ordered the corresponding reparations. In an *obiter dictum*, the IACtHR observed that, while the State, through its institutions, mechanisms and powers, should function “in such a way as to ensure protection against criminal action”, in the present case, however, the instrumentalization of the State power was a means to violate the rights that it should guarantee: worse still, such breaches counted on “inter-State collaboration”, with the State constituting itself as “the main factor of the grave crimes committed, giving place to a clear situation of ‘State terrorism’” (paras. 66-67).

210. In my separate opinion in the *Goiburú et al.* case, I sought *inter alia* to identify the elements of approximation and complementarity (insufficiently dealt with by international legal doctrine to date) between the international law of human rights and international criminal law, namely: (a) the (active and passive) international legal personality of the individual; (b) the complementarity of the international responsibility of the State and that of the individual; (c) the conceptualization of crimes against humanity; (d) the prevention and guarantee of non-repetition (of the grave violations of human rights); and (e) the reparatory justice in the confluence between the international law of human rights and international criminal law (para. 34)<sup>244</sup>.

211. Although the “Operation Condor” belongs to the past, scars have not yet healed, and they probably never will. The countries where it was mounted still struggle with their past, each one in its own way. Yet, being a region with a strong tradition of international legal thinking, advances in international justice have occurred therein, as some cases, and other situations of the kind, have been brought to international justice (before the IACtHR), and no State of the region dares nowadays to invoke State immunity in respect of those crimes. May it here be recalled, in historical

<sup>243</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, pp. 174-175.

<sup>244</sup> *Ibid.*, pp. 139 and 167.

ment que les opérations resteraient secrètes et donc l'irresponsabilité et l'impunité absolues des agents de l'Etat responsables<sup>243</sup>.

208. Dans le cas d'espèce dont était saisie la CIADH, l'Etat défendeur lui-même a reconnu, dans un esprit louable de coopération procédurale, sa propre responsabilité internationale en raison de l'existence, à l'époque où les violations graves ont été commises, d'une *politique d'Etat criminelle*. Il s'agissait de *crimes d'Etat*, comparables par leur gravité aux crimes perpétrés en Asie durant les années 1970 également, en Europe trois décennies auparavant, et en Europe de nouveau, ainsi qu'en Afrique, deux décennies plus tard. A maintes reprises, des générations qui se sont succédé ont été les témoins, dans différentes régions du monde, de la perpétration de véritables *crimes d'Etat* (que certains segments de la doctrine juridique internationale aiment ou non cette expression).

209. Dans son arrêt du 22 septembre 2006 dans l'affaire *Goiburú et autres*, concernant le Paraguay, la CIADH a établi que des violations graves des droits de l'homme s'étaient produites et, en conséquence, a ordonné des réparations. Dans un *obiter dictum*, elle a fait observer que, si l'Etat, par le truchement de ses institutions, mécanismes et pouvoirs, devait fonctionner «de manière à assurer une protection contre le crime», en l'espèce le pouvoir de l'Etat avait été instrumentalisé pour violer les droits qu'il était censé protéger: pire encore, les violations reposaient sur la «collaboration interétatique», l'Etat devenant «le principal auteur des crimes graves commis, instaurant clairement une situation de «terrorisme d'Etat»» (par. 66-67).

210. Dans mon opinion dissidente dans l'affaire *Goiburú et autres*, j'essayais notamment de recenser les éléments d'approximation et de complémentarité (sur lesquels la doctrine ne s'est pas suffisamment penchée à ce jour) entre le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international, à savoir: *a*) la personnalité juridique internationale (active et passive) de l'individu; *b*) la complémentarité de la responsabilité internationale de l'Etat et de celle de l'individu; *c*) la conceptualisation des crimes contre l'humanité; *d*) la prévention et les garanties de non-répétition (des violations graves des droits de l'homme); et *e*) la justice réparatrice à la jonction du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international (par. 34)<sup>244</sup>.

211. Bien que l'«opération Condor» appartienne au passé, elle a laissé des cicatrices qui ne disparaîtront probablement jamais. Les pays dans lesquels elle a été organisée luttent toujours avec leur passé, chacun d'une manière qui lui est propre. Pourtant, l'Amérique du Sud étant une région où la doctrine internationale est traditionnellement forte, des avancées dans la justice internationale s'y sont produites, certaines affaires et d'autres situations du même genre ayant été portées devant la justice internationale, devant la CIADH, et aucun Etat de la région n'ose aujourd'hui

<sup>243</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 174-175

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 139 et 167.

perspective, that Article 8 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, on the right to an effective remedy before competent national courts to safeguard fundamental rights, has, as its *travaux préparatoires* reveal, a Latin American origin, being a Latin American contribution to the Universal Declaration.

212. In effect, to uphold State immunity in cases of the utmost gravity amounts to a travesty or a miscarriage of justice, from the perspective not only of the victims (and their relatives), but also of the social milieu concerned as a whole. The upholding of State immunity, making abstraction of the gravity of the wrongs at issue, amounts to a denial of justice to all the victims (including their relatives as indirect — or even direct — victims). Furthermore, it unduly impedes the legal order to react in due proportion to the harm done by the atrocities perpetrated, in pursuance of State policies.

213. The finding of the particularly grave violations of human rights and of international humanitarian law provides, in my understanding, a valuable test for the removal of any bar to jurisdiction, in pursuance of the necessary realization of justice. In sum and conclusion on this point: (a) there is no State immunity in such cases of extreme gravity, cases of *delicta imperii*; and (b) grave breaches of human rights and of international humanitarian law ineluctably entail the duty to provide reparation to the victims.

#### XXI. THE INDIVIDUAL'S RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE: THE EVOLVING CASE LAW TOWARDS *JUS COGENS*

214. Unlike the IACtHR, the ECHR has approached a fundamental right, such as that of access to justice — and to a fair trial — (Articles 6 (1) and 13 of the European Convention on Human Rights), with attention drawn also to permissible or implicit limitations. Thus, in its *jurisprudence constante* (judgments in cases *Ashingdane v. United Kingdom*, of 28 May 1985; *Waite and Kennedy v. Germany*, of 18 February 1999; *T. P. and K. M. v. United Kingdom*, of 10 May 2001; *Z. and Others v. United Kingdom*, of 10 May 2001; *Cordova v. Italy*, of 30 January 2003; *Ernst v. Belgium*, of 15 July 2003; among others), the ECHR has laid down the test for permissible limitations, namely, pursuance of a legitimate aim, proportionality, and no impairment of the essence of the right.

215. This flexibility was useful to the ECHR's (Grand Chamber's) majority in the decisions on cases concerning immunities (cf. Section XII *supra*). But it should not pass unnoticed that the *Ashingdane* case, which marks the beginning of the adoption by the ECHR of this inadequate approach to a fundamental right such as that of access to justice, was not a case of grave violations of human rights concerning several victims; it

invoquer l'immunité de l'Etat en ce qui concerne ces crimes. Qu'il me soit permis de rappeler ici, dans une perspective historique, que l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a, en ce qui concerne le droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux, une origine latino-américaine, comme ses travaux préparatoires l'attestent, et constitue une contribution latino-américaine à la Déclaration universelle.

212. En fait, retenir l'immunité de l'Etat dans les cas les plus graves constitue une parodie ou un déni de justice, non seulement du point de vue des victimes (et de leurs familles), mais aussi de celui du milieu social concerné dans son ensemble. Admettre l'immunité de l'Etat en faisant abstraction de la gravité des violations en cause revient à dénier la justice à toutes les victimes (y compris leurs familles en tant que victimes indirectes, voire directes). De plus, cette acceptation empêche abusivement l'ordre juridique de réagir en proportion du dommage causé par les atrocités commises en exécution des politiques de l'Etat.

213. La constatation de violations particulièrement graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constitue selon moi un critère précieux pour lever tout obstacle à la compétence, afin de réaliser la justice. En résumé et pour conclure sur ce point : *a*) il n'y a pas d'immunité de l'Etat dans de tels cas de gravité extrême, les cas de *delicta imperii*; et *b*) les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire impliquent nécessairement l'obligation de réparer au profit des victimes.

## XXI. LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU :

### ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA LOI DU *JUS COGENS*

214. A la différence de la CIADH, la CEDH s'était penchée sur un droit fondamental, comme le droit d'accès à la justice et à un procès équitable (articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne des droits de l'homme), en s'intéressant également aux restrictions admissibles ou implicites. Ainsi, dans sa jurisprudence constante (arrêts rendus dans les affaires *Ashingdane c. Royaume-Uni*, le 28 mai 1985; *Waite et Kennedy c. Allemagne*, le 18 février 1999; *T. P. et K. M. c. Royaume-Uni*, le 10 mai 2001; *Z. et autres c. Royaume-Uni*, le 10 mai 2001; *Cordova c. Italie*, le 30 janvier 2003; *Ernst c. Belgique*, le 15 juillet 2003, entre autres), la CEDH a énoncé les critères appliqués pour déterminer si une restriction est admissible, à savoir la poursuite d'un objectif légitime, la proportionnalité et l'absence d'atteinte à l'essence du droit.

215. Cette souplesse a été utile à la majorité de la CEDH (Grande Chambre) dans les décisions rendues en matière d'immunité (voir section XII *supra*). Mais il convient de remarquer que l'affaire *Ashingdane*, la première dans laquelle la CEDH a adopté cette approche insuffisante d'un droit fondamental comme le droit d'accès à la justice, n'était pas une affaire de violations graves des droits de l'homme concernant plusieurs

was rather a single individualized case, of alleged breaches of Articles 5 (1) and (4) and 6 (1) of the European Convention, wherein the ECHR found no violation of this latter. In sum, a fundamental right is, in my view, to be approached as such, and not as from permissible or “implicit” limitations.

216. For its part, on the other side of the Atlantic, the IACtHR has focused, to a far greater extent, on the essence of the fundamental right of access to justice itself, and not on its “limitations”. These latter have not been used, or relied upon, to uphold State immunity — not until now. The ECHR has granted the “margin of appreciation” to Contracting States, the IACtHR has not done so (at least not in my times serving it). The result has been the approach, by the IACtHR, of the right of access to justice (Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights) as a true *fundamental* right, with not much space left for consideration of “limitations”. The major concern has been with its guarantee.

217. The adjudication, by the IACtHR, of cases of *gravity* of violations of human rights, has led to a jurisprudential development stressing the fundamental character of the right of access to justice. This right assumes an imperative character in face of a crime of State: it is a true *droit au Droit*, a right to a legal order which effectively protects the fundamental rights of the human person<sup>245</sup>, which secures the intangibility of judicial guarantees (Articles 8 and 25 of the American Convention) in any circumstances. We are here, in sum, in the domain of *jus cogens*<sup>246</sup>, as the IACtHR itself acknowledged in its judgments in the cases of *Goiburú et al. v. Paraguay* (of 22 September 2006) and of *La Cantuta v. Peru* (of 29 November 2006)<sup>247</sup>.

218. The ECHR could have reached a similar conclusion, had its majority developed its reasoning on the corresponding provisions (Articles 6 (1) and 13 of the European Convention) with attention focused on the essence of the right of access to justice, rather than on its permissible or implicit “limitations”. Had it done so — as it should — the Court’s

<sup>245</sup> IACtHR, case of *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (judgment of 25 November 2003), separate opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 9-55.

<sup>246</sup> IACtHR, case of the *Massacre of Pueblo Bello*, concerning Colombia (judgment of 31 January 2006), separate opinion of Judge Cañado Trindade, paras. 60-62 and 64.

<sup>247</sup> Paras. 131 and 160, respectively. On this jurisprudential construction, cf. A. A. Cañado Trindade, “The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights”, *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant — Mélanges en l’honneur de Ch. L. Rozakis* (eds. D. Spielmann *et al.*), Brussels, Bruylant, 2011, pp. 27-46; A. A. Cañado 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 — 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29; A. A. Cañado Trindade, “La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*”, *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2007*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1-15.

victimes ; il s'agissait d'un cas individuel unique de violations alléguées des paragraphes 1 et 4 de l'article 5 et du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne, la CEDH n'ayant relevé aucune violation de ce dernier. En résumé, c'est selon moi en tant que tel, et non du point de vue des restrictions admissibles ou « implicites », qu'un droit fondamental doit être envisagé.

216. De l'autre côté de l'Atlantique, la CIADH a pour sa part accordé beaucoup plus d'attention à l'essence du droit fondamental d'accès à la justice lui-même, et non à ses « restrictions ». Ces dernières n'ont jamais été utilisées ni invoquées — à ce jour — pour admettre l'immunité de l'Etat. La CEDH a laissé une « marge d'appréciation » aux Etats contractants, mais la CIADH n'a pas fait la même chose (au moins pas à l'époque où j'en étais membre). De ce fait, cette dernière a envisagé le droit d'accès à la justice (articles 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme) comme un véritable droit *fondamental*, ne laissant pas beaucoup de place aux « restrictions ». Le principal souci a été de garantir ce droit.

217. Le jugement par la CIADH d'affaires de violations des droits de l'homme d'une certaine *gravité* a amené une évolution jurisprudentielle soulignant le caractère fondamental du droit d'accès à la justice. Ce droit revêt un caractère impératif face à un crime d'Etat : c'est un véritable *droit au Droit*, un droit à un ordre juridique qui protège effectivement les droits fondamentaux de la personne humaine<sup>245</sup>, qui assure l'intangibilité des garanties judiciaires (articles 8 et 25 de la convention américaine) en toutes circonstances. Nous sommes ici, pour résumer, dans le domaine du *ius cogens*<sup>246</sup>, comme la CIADH elle-même l'a reconnu dans ses arrêts dans les affaires *Goiburú et autres c. Paraguay* (du 22 septembre 2006) et *La Cantuta c. Pérou* (du 29 novembre 2006)<sup>247</sup>.

218. La CEDH aurait pu parvenir à une conclusion similaire si sa majorité avait développé son raisonnement sur les dispositions correspondantes (articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne) en faisant porter son attention sur l'essence du droit d'accès à la justice et non sur ses « restrictions » admissibles ou implicites. Si elle l'avait fait,

<sup>245</sup> CIADH, affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 9-55.

<sup>246</sup> CIADH, affaire du *Massacre de Pueblo Bello*, concernant la Colombie, arrêt du 31 janvier 2006, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 60-62 et 64.

<sup>247</sup> Par. 131 et 160, respectivement. Sur cette construction jurisprudentielle, voir A. A. Cançado Trindade, «The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights», *La convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant — Mélanges en l'honneur de Ch. L. Rozakis* (dir. publ., D. Spielmann *et al.*), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 27-46; 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 — 2008*, Washington D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29; A. A. Cançado Trindade, «La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*», *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2007*, Washington D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2008, p. 1-15.

majority would not have upheld State immunity the way it did (cf. Section XII *supra*). In my perception, Articles 6 and 13 of the European Convention — like Articles 8 and 25 of the American Convention — point to an entirely different direction, and are not at all “limited” with regard to State immunity.

219. Otherwise States could perpetrate grave violations of human rights (such as massacres or subjection of persons to forced labour) and get away with that, by relying on State immunity, in a scenario of lawlessness. Quite on the contrary, States parties are bound, by Articles 6 and 13 of the European Convention, to provide effective (domestic) remedies in a fair trial, with all the guarantees of the due process of law, in *any* circumstances. This is proper of the rule of law, referred to in the preamble of the European Convention. There is no room for the privilege of State immunity here<sup>248</sup>; where there is no right of access to justice, there is no legal system at all. Observance of the right of access to justice is imperative, it is not “limited” by State immunity; we are here in the domain of *jus cogens*.

220. It is immaterial whether the harmful act in grave breach of human rights was a governmental one (*jure imperii*), or a private one with the acquiescence of the State (*jure gestionis*), or whether it was committed entirely in the forum State or not (deportation to forced labour is a trans-frontier crime). This traditional language — the conceptual poverty of which is conspicuous — is alien to what we are here concerned with, namely, the imperative of the realization of justice in cases of grave breaches of human rights and of international humanitarian law. State immunity does not stand in the domain of redress for grave violations of the fundamental rights of the human person.

## XXII. OUT OF LAWLESSNESS: THE INDIVIDUAL VICTIM’S RIGHT TO THE LAW (*DROIT AU DROIT*)

221. This leads me to the right of access to justice, in its proper dimension: the right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *procès équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due. The realization of justice is in itself a form of reparation, granting *satisfaction* to the victim. In this way those victim-

<sup>248</sup> Cf., to this effect, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1997, pp. 164, 181 and 186-188; W. P. Pahr, “Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention”, *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l’homme et de l’unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, pp. 222-232.

comme elle aurait dû, la majorité de la Cour n'aurait pas admis l'immunité de l'Etat (voir section XII *supra*). Selon moi, les articles 6 et 13 de la convention européenne — comme les articles 8 et 25 de la convention américaine — indiquent une direction totalement différente, et ne sont pas du tout «limités» en ce qui concerne l'immunité de l'Etat.

219. Autrement, les Etats pourraient perpétrer de graves violations des droits de l'homme (par exemple massacrer des êtres humains ou les contraindre à un travail forcé) et s'en tirer en invoquant l'immunité de l'Etat, une situation de non-droit. Bien au contraire, les Etats parties sont tenus, en application des articles 6 et 13 de la convention européenne, d'accorder des recours (internes) effectifs et un procès équitable, avec toutes les garanties judiciaires nécessaires, en *toutes* circonstances. C'est le propre de l'état de droit, visé dans le préambule de la convention européenne. Il n'y a pas de place ici pour le privilège de l'immunité de l'Etat<sup>248</sup> ; lorsqu'il n'y a pas de droit d'accès à la justice, il n'y a pas du tout de système juridique. Le respect du droit d'accès à la justice est impératif, il n'est pas «limité» par l'immunité de l'Etat ; nous sommes ici dans le domaine du *ius cogens*.

220. Peu importe que l'acte préjudiciable violant gravement les droits de l'homme ait été commis par un gouvernement (*jure imperii*) ou par une personne privée avec l'acquiescement de l'Etat (*jure gestionis*), ou qu'il ait été commis ou non entièrement dans l'Etat du for (déportation en vue d'un travail forcé dans le cadre d'un crime transfrontière). Cette formulation traditionnelle — dont la pauvreté théorique est manifeste — n'a rien à voir avec ce qui nous importe ici, à savoir l'impératif de réalisation de la justice dans les cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. L'immunité de l'Etat n'a pas cours dans le domaine de la réparation des violations graves de droits fondamentaux de la personne humaine.

## XXII. SORTIR DU NON-DROIT : LE DROIT AU DROIT DE LA VICTIME INDIVIDUELLE

221. Cela m'amène au droit d'accès à la justice, dans la dimension qui lui est propre : le droit d'accès à la justice *lato sensu* comprend non seulement l'accès formel à la justice (le droit d'engager une instance judiciaire) au moyen d'un recours effectif, mais aussi les garanties d'une procédure régulière (l'égalité des armes assurant un procès équitable) jusqu'au jugement (en tant que prestation juridictionnelle), son exécution scrupuleuse et l'octroi de la réparation due. La réalisation de la justice est en elle-même une forme de réparation, accordant *satisfaction* à la victime. De

<sup>248</sup> Voir, sur ce point, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haye, Nijhoff, 1997, p. 164, 181 et 186-188 ; W. P. Pahr, «Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention», *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 222-232.

ized by oppression have their right to the law (*droit au Droit*) duly vindicated.

222. It is not my intention to dwell much further on this point — which I have done elsewhere<sup>249</sup> — but just refer to it in the course of my reasoning in the present dissenting opinion. May I just recall that, in its *jurisprudence constante*, the IACtHR has rightly taken together the interrelated provisions of the right to an effective remedy and the guarantees of due process of law (Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights), while the ECHR has begun only more recently — in the course of the last decade, from the case *Kudla v. Poland* (judgment of 18 October 2000) onwards — to follow the same approach, bringing together Articles 6 (1) and 13 of the European Convention on Human Rights. This is reassuring, as the two provisions reinforce each other, to the benefit of the protected persons. The jurisprudential construction of the two international human rights tribunals is today converging, in respect of the right of access to justice *lato sensu*.

223. The individual's right to reparation, as already pointed out, is one of its components. In the case *Hornsby v. Greece* (judgment of 19 March 1997), the ECHR, after recalling the right to institute proceedings before a court and the right to procedural guarantees, added that the right of access to justice would be “illusory” if the legal system did not allow a final and operative binding judicial decision; in the view of the ECHR, a judgment not duly executed would lead to situations incompatible with the rule of law which the States parties undertook to respect when they ratified the European Convention.

224. The jurisprudential construction bringing the right of access to justice into the domain of *jus cogens* (*supra*) is, in my understanding, of great relevance here, to secure the ongoing evolution of contemporary international law upon humanist foundations. From this perspective, it is most unfortunate that the 2004 UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property olympically ignored the incidence of *jus cogens*. In its *travaux préparatoires* it had the occasion to take it in due account, but it preferred simply not to do so: its draftsmen dropped the matter in 1999, when the Working Group of the ILC was evasive about it, and the Working Group of the Sixth Committee of the UN General Assembly argued that the matter “was not yet ripe” for codification (as recalled with approval by the Court in the present Judgment, para. 89).

225. This is simply not true, as, by that time, the IACtHR and the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) were already engaged in their jurisprudential construction on the expanding material content of *jus cogens* (being the two contemporary interna-

<sup>249</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens gens — L'accès des individus à la justice internationale* (. . .), *op. cit. supra* note 243, pp. 113-119.

cette manière, les victimes de l'oppression voient leur droit au Droit dûment réalisé.

222. Je n'ai pas l'intention de m'attarder beaucoup plus sur ce point, je l'ai fait ailleurs<sup>249</sup>, mais seulement de le mentionner dans le cadre de mon raisonnement dans la présente opinion dissidente. Je me contenterai de rappeler que, dans sa jurisprudence constante, la CIADH a à juste titre tenu compte en même temps des dispositions connexes sur le droit à un recours effectif et les garanties judiciaires (articles 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme), alors que la CEDH n'a commencé que plus récemment, durant la dernière décennie, à partir de l'affaire *Kudla c. Pologne* (arrêt du 18 octobre 2000), à suivre la même approche, en réunissant les articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. Cela est rassurant, car ces deux dispositions se renforcent mutuellement, au bénéfice des personnes protégées. La construction jurisprudentielle de ces deux juridictions internationales des droits de l'homme est en train de converger en ce qui concerne le droit d'accès à la justice *lato sensu*.

223. Le droit de l'individu à réparation, comme je l'ai déjà souligné, fait partie du droit d'accès à la justice. Dans l'affaire *Hornsby c. Grèce* (arrêt du 19 mars 1997), la CEDH, après avoir rappelé le droit d'engager une instance devant un tribunal et le droit à des garanties procédurales, a ajouté que le droit d'accès à la justice serait «illusoire» si le système juridique ne prévoyait pas une décision judiciaire contraignante finale et opérante; pour la CEDH, un jugement qui n'est pas dûment exécuté aboutit à une situation incompatible avec l'état de droit que les Etats parties se sont engagés à respecter lorsqu'ils ont ratifié la convention européenne.

224. La construction jurisprudentielle faisant entrer le droit d'accès à la justice dans le domaine du *jus cogens* (*supra*) est selon moi extrêmement pertinente en l'espèce, pour asseoir l'évolution en cours du droit international contemporain sur des fondements humanistes. Dans cette perspective, il est extrêmement regrettable que la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 ignore de manière olympienne les incidences du *jus cogens*. Les travaux préparatoires montrent que ses rédacteurs ont eu l'occasion d'en tenir dûment compte, mais ils ont tout simplement préféré ne pas le faire: ils ont abandonné la question en 1999, lorsque le groupe de travail de la CDI a été évasif sur ce point, et que le groupe de travail de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies a affirmé que la question «ne sembl[ait] pas assez mûre» pour être codifiée (affirmation que la Cour a rappelée en l'approuvant dans le présent arrêt, par. 89).

225. Cela n'est tout simplement pas vrai car, à cette époque, la CIADH et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) étaient déjà en train, dans leur jurisprudence, d'élargir la portée matérielle du *jus cogens* (il s'agit des deux juridictions internationales contemporaines

<sup>249</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale...*, op. cit. *supra* note 243, p. 113-119.

tional tribunals which have most contributed to that development to date)<sup>250</sup>. There were, moreover, other manifestations of contemporary international law that could have been taken into account, but were not. The 2004 UN Convention, which has not yet entered into force, has been heavily criticized<sup>251</sup> for not having addressed the problem of the jurisdictional immunities of States in face of *grave violations of human rights and of international humanitarian law*.

226. Its draftsmen were aware of the problem, but the Working Groups of the ILC and of the VI Committee of the General Assembly, finding the matter “not ripe” to be taken into account, took the easier path to conclude the Convention and have it approved, leaving the problem unresolved, continuing to raise uncertainties, — as the present case before this Court concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* bears witness of. Worse still, the majority of the ECHR (Grand Chamber) in the *Al-Adsani* case (cf. *supra*) availed itself of that omission of the draftsmen of the 2004 UN Convention to arrive at its much-criticized decision in 2001<sup>252</sup>, and, over a decade later, the Court’s majority in the present case does the same in the Judgment (paras. 89-90) adopted today. I cannot at all accept that contemporary international law can thereby be “frozen”, and hence the care I have taken to elaborate and to present this dissenting opinion.

### XXIII. TOWARDS THE PRIMACY OF THE NEVER VANISHING *RECTA RATIO*

227. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law amount to breaches of *jus cogens*, entailing State responsibility with aggravating circumstances, and the right to reparation to the victims. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* of natural law), underlying the conception of law (in distinct legal systems — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) as a whole. Before I move on to this next point, may I, at this stage of the present dissenting opinion, raise just a couple of questions, which I find indeed appropriate to ask: when will human beings learn the lessons of the past, when will

<sup>250</sup> Cf. note 247 *supra*.

<sup>251</sup> E.g., L. Cafilisch, “Immunité des Etats et droits de l’homme: Evolution récente”, in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrecht — Festschrift für G. Ress*, Cologne/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2005, pp. 937-938, 943 and 945; C. Keith Hall, “UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol”, 55 *International and Comparative Law Quarterly* (2006), pp. 412-413 and 426; L. McGregor, “Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty”, 18 *European Journal of International Law* (2007), pp. 903-904, 914 and 918-919; L. McGregor, “State Immunity and *Jus Cogens*”, 55 *International and Comparative Law Quarterly* (2006), pp. 437-439 and 445.

<sup>252</sup> The ECHR (Grand Chamber) referred in detail to that omission of the Working Group of the ILC in 1999, in paragraphs 23-24, 62-63 and 65-67 of its judgment of 21 November 2001 in the *Al-Adsani* case.

qui ont le plus contribué à cette évolution à ce jour)<sup>250</sup>. Il existait, en outre, d'autres manifestations du droit international contemporain qui auraient pu être prises en compte, mais ne l'ont pas été. La convention des Nations Unies de 2004, qui n'est pas encore entrée en vigueur, a été vivement critiquée<sup>251</sup> pour n'avoir pas abordé le problème des immunités juridictionnelles de l'Etat face aux *violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire*.

226. Les rédacteurs de cette convention étaient conscients du problème, mais le groupe de travail de la CDI ainsi que celui de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, estimant que la question n'était « pas mûre », ont choisi la facilité afin que la convention soit conclue et approuvée, le problème restant sans solution et empreint d'incertitude, comme en témoigne la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Pire encore, la majorité de la CEDH (Grande Chambre), dans l'affaire *Al-Adsani* (voir *supra*), a invoqué cette omission des rédacteurs de la convention des Nations Unies de 2004 pour aboutir à sa décision très critiquée en 2001<sup>252</sup> et, plus d'une décennie plus tard, la majorité de la Cour fait la même chose dans l'arrêt (par. 89-90) adopté aujourd'hui dans la présente affaire. Je ne puis en aucune manière accepter que le droit international contemporain soit ainsi « gelé », d'où le soin que j'ai pris pour élaborer et présenter mon opinion dissidente.

### XXIII. VERS LA PRIMAUTÉ DE LA *RECTA RATIO*, QUI NE DISPARAÎT JAMAIS

227. Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constituent des violations du *jus cogens* qui engagent la responsabilité de l'Etat avec des circonstances aggravantes, et ouvrent un droit à réparation aux victimes. Cela est conforme à l'idée de *rectitude* (conformément à la *recta ratio* du droit naturel), qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques — *Recht/dirittodroit/direitoderecholright*) dans son ensemble. Avant de passer à mon point suivant, je me permettrai, à ce stade de la présente opinion dissidente, de soulever simplement les questions que de fait je juge approprié de poser.

<sup>250</sup> Voir note 247 *supra*.

<sup>251</sup> Par exemple L. Cafilisch, « Immunité des Etats et droits de l'homme: Evolution récente », *Internationale Gemeinschaft und Menschenrecht — Festschrift für G. Ress*, Cologne/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2005, p. 937-938, 943 et 945; C. Keith Hall, « U N Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), p. 412-413 et 426; L. McGregor, « Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty », *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 903-904, 914 et 918-919; L. McGregor, « State Immunity and *Jus Cogens* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), p. 437-439 et 445.

<sup>252</sup> La CEDH (Grande Chambre) a évoqué en détail cette omission du groupe de travail de la CDI en 1999 aux paragraphes 23-24, 62-63 et 65-67 de son arrêt du 21 novembre 2001 dans l'affaire *Al-Adsani*.

they learn from the terrible sufferings of previous generations, of the kind which lie in the factual origins of the present case? As they have not learned to date (as it seems), perhaps they never will.

228. When will they stop dehumanizing their fellow human beings? As they have not stopped to date, perhaps they never will. When will they reflect in their laws the superior values (*neminem laedere*) needed to live in peace and with justice? As they have not done it yet, perhaps they never will. In all probability, they will keep on living with evil, subjecting themselves thereunder. Yet, even in this grim horizon, endeavours towards the primacy of the *recta ratio* also seem never to vanish, as if suggesting that there is still always hope, in the perennial quest for justice, never reaching an end, like in the myth of Sisyphus.

229. It is thus not surprising to find that the (underlying) problem of evil has been and continues to be one raising major concern, throughout the history of human thinking. As lucidly warned, in the aftermath of the Second World War, by R. P. Sertillanges, for centuries philosophers, theologians and writers have drawn their attention to that problem, without however finding a definite or entirely satisfactory answer to it. In his own words, “All souls, all groups and all civilizations fear evil. (. . .) The problem of evil calls into question the destiny of all, the future of humankind.”<sup>253</sup>

230. The effects of the planned criminal State policies of the Third Reich over the population have been addressed by various contemporaries of those years of darkness. The historical novels of the thirties, of a sensitive person like Klaus Mann, for example, while criticizing the intellectuals who let themselves be co-opted by Nazism (in *Mephisto*, published in 1936), or else describing the drama of those who emigrated into exile to escape persecution (in *Le volcan*, published in 1939), are permeated by premonitions of the social cataclysm that was soon to take place (like a volcano that was already erupting), and was to victimize millions of human beings<sup>254</sup> — amongst whom forced labourers from the occupied countries.

231. In fact, throughout the last century, there were States which indeed pursued criminal policies — through those who spoke and acted in their names (as institutions have no moral conscience) — and victimized millions of human beings, incurring in responsibility for grave violations of human rights and of international humanitarian law of various kinds. The facts are fully documented nowadays by historians. What remains to be further developed, by jurists, is the responsibility of States themselves

<sup>253</sup> A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal — L'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5. [Translation by the Registry.]

<sup>254</sup> Cf. K. Mann, *Mefisto* [*Mephisto*, 1936], Barcelona, Debolsillo, 2006 (reed.), pp. 31-366; K. Mann, *Le volcan* [1939], Paris, Grasset, 1993, pp. 9-404.

Quand les êtres humains tireront-ils des enseignements du passé? Quand tireront-ils des enseignements des souffrances terribles des générations précédentes, du type de celles constituant les origines factuelles de la présente affaire? S'ils n'ont (comme il semble) rien appris jusqu'ici, peut-être n'apprendront-ils jamais rien.

228. Quand cesseront-ils de déshumaniser leurs frères humains? Comme ils n'ont pas cessé à ce jour, peut-être ne le feront-ils jamais. Quand traduiront-ils dans leurs lois les valeurs supérieures (*neminem laedere*) nécessaires pour vivre dans la paix et la justice? Comme ils ne l'ont pas encore fait, peut-être ne le feront-ils jamais. Selon toute probabilité, ils continueront à vivre avec le mal, en se soumettant à lui. Pourtant, même dans cette sombre perspective, les tentatives faites pour assurer la primauté de la *recta ratio* ne semblent non plus jamais disparaître, donnant à penser que, dans la quête éternelle de la justice, un espoir demeure qui n'aboutit jamais, comme dans le mythe de Sisyphe.

229. Il n'est ainsi pas surprenant de constater que le problème (sous-jacent) du mal a été tout au long de l'histoire de la pensée humaine et demeure une préoccupation majeure. Comme le révérend père Sertillanges l'a souligné avec lucidité après la seconde guerre mondiale, durant des siècles philosophes, théologiens et écrivains ont appelé l'attention sur ce problème, sans toutefois y trouver une solution définitive et entièrement satisfaisante. Pour lui, «l'angoisse du mal s'impose à toutes les âmes, à tous les groupes et à toutes les civilisations... Le problème du mal met en cause la destinée de chacun, l'avenir du genre humain.»<sup>253</sup>

230. Les effets des politiques étatiques criminelles planifiées du III<sup>e</sup> Reich ont été décrits par divers contemporains de ces années de pénombre. Les romans historiques des années 1930 d'une personne sensible comme Klaus Mann, par exemple, tout en critiquant les intellectuels qui se sont laissés coopter par le nazisme (dans *Mephisto*, publié en 1936) ou en décrivant le drame de ceux qui se sont exilés pour échapper aux persécutions (dans *Le volcan*, publié en 1939), sont empreints de prémonitions du cataclysme sociétal qui allait bientôt se produire (comme un volcan déjà en éruption) et devait victimiser des millions d'êtres humains<sup>254</sup>, parmi lesquels des ressortissants des pays occupés astreints au travail forcé.

231. En fait, tout au long du siècle dernier, des Etats ont effectivement mené des politiques criminelles par l'intermédiaire de ceux qui parlaient et agissaient en leur nom (car les institutions n'ont pas de conscience morale) et victimisé des millions d'êtres humains, engageant leur responsabilité pour toutes sortes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Les faits sont pleinement documentés aujourd'hui par les historiens. Ce qui doit être davantage développé, cette fois par les

<sup>253</sup> A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal — L'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5.

<sup>254</sup> Voir K. Mann, *Mefisto* [*Mephisto*, 1936], Barcelone, Debolsillo, 2006 (rééd.), p. 31-366; K. Mann, *Le volcan* [1939], Paris, Grasset, 1993, p. 9-404.

(besides that of their officials) for the crimes perpetrated, which from time to time, over decades, became the object of some rather solitary and penetrating studies<sup>255</sup>.

232. The human suffering which ensued from those atrocities (narrated in some historical accounts and testimonies of surviving victims) can hardly be measured, goes beyond imagination, and is simply devastating. Moreover, suffering *projects itself in time*, especially if victims of grave violations of their rights have not found justice. In my own experience of the international adjudication (in the IACtHR) of cases of massacres, there were episodes when, many years after their occurrence, the surviving victims (or their *ayants droit*) remained in search of judicial recognition of their suffering<sup>256</sup>. Unlike what one may easily assume, human suffering not always effaces with the passing of time: it may also increase, in face of manifest injustice — and particularly in cultures that wisely cultivate the links of the living with their dead. Human suffering, in cases of persisting injustice, may project itself on an inter-generational scale.

233. The lucid German thinker Max Scheler (1874-1928), in an essay published posthumously (*Le sens de la souffrance*, 1951), expressed his belief that all sufferings of human beings have a meaning, and, the more profound they are, the harder it is to struggle against their causes<sup>257</sup>. And in one of his thoughtful writings in the years following the Second World War (an essay originally published in 1953), the learned German philosopher Karl Jaspers (1883-1969) pondered that reason exists “only by decision”, it “arises from freedom”, it is inseparable from existence itself; although we know that we stand all at the mercy of events beyond our control, “[r]eason can stand firm only in the strength of Reason itself”<sup>258</sup>.

234. Shortly afterwards, in his book *Origine et sens de l'histoire* (1954), Karl Jaspers clearly expressed his belief that

“( . . . ) It is on [natural law] that the law of nations is founded, on [natural law] that a court would be constituted, within the world order, to protect the individual against abuse by the State by allowing him recourse to effective justice, exercised in the name of human sovereignty.

( . . . ) [I]t can be shown that the totalitarian State and total war are contrary to natural law, not only because they treat as an end that

<sup>255</sup> Cf., *inter alia*, Vespasien V. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Bucharest, Imprimerie de l'Etat, 1925, pp. 1-340; Roberto Ago, “Le délit international”, 68 *RCADI* (1939), pp. 419-545; Pieter N. Drost, *The Crime of State — Book I: Humanicide*, Leiden, Sijthoff, 1959, pp. 1-352; J. Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg — Acquis et regressions*, Brussels, Bruylant, 2003, pp. 3-222.

<sup>256</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2011, pp. 159-165.

<sup>257</sup> M. Scheler, *Le sens de la souffrance*, Paris, Aubier, [1951], pp. 5 and 27.

<sup>258</sup> K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time* [1953], Hamden/Conn., Archon Books, 1971 (reed.), pp. 50, 59 and 84.

juristes, c'est la responsabilité des Etats eux-mêmes (outre celle de leurs agents) pour les crimes perpétrés, responsabilité qui de temps à autre, au fil des décennies, a fait l'objet d'études assez solitaires mais pénétrantes<sup>255</sup>.

232. La souffrance humaine causée par ces atrocités (relatées dans les comptes rendus et témoignages historiques de survivants) ne peut guère être mesurée, dépasse l'imagination et est tout simplement dévastatrice. De plus, la souffrance *se projette dans le temps*, en particulier si les victimes de violations graves de leurs droits n'ont pas obtenu justice. D'après mon expérience de l'examen des affaires de massacres par une juridiction internationale (la CIADH), il existe des cas dans lesquels, de nombreuses années après les faits, les victimes survivantes (ou leurs ayants droit) continuent de rechercher une reconnaissance judiciaire de leur souffrance<sup>256</sup>. Contrairement à ce que l'on aurait tendance à supposer, la souffrance humaine ne s'efface pas toujours avec le passage du temps : elle peut aussi augmenter face à l'injustice manifeste, en particulier dans les cultures qui cultivent avec sagesse les liens entre les vivants et leurs morts. La souffrance humaine, dans les cas d'injustice persistante, peut se projeter dans la dimension intergénérationnelle.

233. Le lucide penseur allemand Max Scheler (1874-1928), dans un essai publié après sa mort (*Le sens de la souffrance*, 1951), se déclarait convaincu que toutes les souffrances des êtres humains ont un sens et que plus elles étaient profondes, plus dure était la lutte contre leurs causes<sup>257</sup>. Et, dans un de ses écrits pénétrants des années suivant la seconde guerre mondiale (un essai initialement publié en 1953), l'éminent philosophe allemand Karl Jaspers (1883-1969) a fait observer que la raison n'existe « que par décision », elle « découle de la liberté », elle est inséparable de l'existence elle-même ; bien que nous sachions que nous sommes tous à la merci d'événements échappant à notre contrôle, « [l]a raison ne peut être solide que dans la force de la Raison elle-même »<sup>258</sup>.

234. Peu après, dans son ouvrage *Origine et sens de l'histoire* (1954), Karl Jaspers a clairement exprimé sa conviction selon laquelle :

« ... C'est sur [le droit naturel] que se fonde le droit des gens, sur lui que se constituerait une juridiction, dans l'ordre mondial, pour protéger l'individu contre les abus de l'Etat en lui permettant de recourir à une justice efficace, exercée au nom de l'humanité souveraine.

... [O]n peut démontrer que l'Etat totalitaire, la guerre totale sont contraires au droit naturel, non seulement parce qu'ils prennent pour

<sup>255</sup> Voir par exemple Vespasien V. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1925, p. 1-340 ; Roberto Ago, « Le délit international », *RCADI*, vol. 68 (1939), p. 419-545 ; Pieter N. Drost, *The Crime of State — Book I: Humanicide*, Leyde, Sijthoff, 1959, p. 1-352 ; J. Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg — Acquis et régressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 3-222.

<sup>256</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2011, p. 159-165.

<sup>257</sup> M. Scheler, *Le sens de la souffrance*, Paris, Aubier, 1951, p. 5 et 27.

<sup>258</sup> K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time* [1953], Hamden/Conn., Archon Books, 1971 (rééd.), p. 50, 59 et 84.

which is the means and conditions of life, but also because they proclaim the absolute value of the means, thus destroying the sense of the collective, of human rights.

Natural law is confined to organizing the conditions of life (. . .) representing all aspects of the human condition in this world”<sup>259</sup>.

235. In an illuminating essay published in Germany promptly after the war, in 1946 (titled *Die Schuldfrage/La question de la culpabilité*) — derived from a course he delivered in the winter of 1945-1946 at the University of Heidelberg, which has been re-edited ever since and has survived the onslaught of the passing of time —, K. Jaspers distinguished between criminal guilt, political guilt, moral guilt and metaphysical guilt, seeking to establish degrees of personal responsibility proportional to one’s participation in the occurrences at issue. In one passage of his long-lasting essay, in addressing the “differentiation of the German guilt”, K. Jaspers, discarding excuses on the basis of State sovereignty, asserted, in respect of the Second World War, that

“This time there can be no doubt that Germany planned and prepared this war and started it without provocation from any other side. It is altogether different from 1914. (. . .) Germany, (. . .) violating international law, has committed numerous acts resulting in the extermination of populations and in other inhumanities.”<sup>260</sup>

236. And then he identified the question, which he phrased “How can we speak of crimes in the realm of political sovereignty?” — with what he identified as “a habit of thought derived from the tradition of political life in Europe”. And he added that

“heads of States (. . .) are men and answer for their deeds. (. . .) The acts of States are also the acts of persons. Men are individually responsible and liable for them. (. . .) In the sense of humanity, of human rights and natural law, (. . .) laws already exist by which crimes may be determined.”<sup>261</sup>

In fact, throughout all the proceedings before this Court in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, Germany recognized its State responsibility (cf. paras. 24-31) for the historical facts lying in the origins of the *cas d’espèce*.

237. Moreover, in the course of the last decades it provided the corresponding compensation on distinct occasions and circumstances. In addition, on successive occasions, Germany — homeland of universal thinkers and writers like, e.g., I. Kant (1724-1804) and J. W. Goethe (1749-1832) —

<sup>259</sup> K. Jaspers, *Origine et sens de l’histoire*, Paris, Libr. Plon, 1954, p. 245. [Translation by the Registry.]

<sup>260</sup> K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, N.Y., Fordham University Press, 2001 (reed.), p. 47. And cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Editions de Minuit, 2007 (reed.), pp. 64-65.

<sup>261</sup> K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, *op. cit. supra* note 260, pp. 49-50. And cf. K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, *op. cit. supra* note 260, p. 66.

un but ce qui est moyens et conditions de la vie, mais aussi parce qu'ils proclament la valeur absolue des moyens, détruisant ainsi le sens de l'ensemble, les droits de l'homme.

Le droit naturel se borne à organiser les conditions vitales[,] ... actualiser en ce monde la condition humaine dans son intégralité.»<sup>259</sup>

235. Dans un essai éclairant publié en Allemagne peu après la guerre, en 1946 (sous le titre *Die Schuldfrage/La question de la culpabilité*), tiré d'un cours donné durant l'hiver 1945-1946 à l'Université d'Heidelberg, et qui a toujours été réédité depuis et a survécu au passage du temps, K. Jaspers distinguait entre culpabilité pénale, culpabilité politique, culpabilité morale et culpabilité métaphysique, en s'efforçant d'établir, dans la responsabilité personnelle, des degrés proportionnels à la participation aux faits en cause. Dans un passage de cet essai, K. Jaspers, au sujet de la «différenciation de la culpabilité allemande», rejetant les excuses se fondant sur la souveraineté de l'Etat, affirmait, en ce qui concerne la seconde guerre mondiale :

«Cette fois il n'est pas douteux que l'Allemagne ait préparé méthodiquement la guerre et qu'elle l'ait commencée sans provocation venue de l'autre côté. C'est tout différent de 1914... [L'] Allemagne a commis de nombreuses actions ... contraires au droit des gens, qui menaient à l'extermination de populations entières et à d'autres faits inhumains.»<sup>260</sup>

236. Il a ensuite énoncé la question, en ces termes : «Comment peut-on parler de crime dans le domaine de la souveraineté politique?», évoquant «une habitude de pensée issue de la tradition de la vie politique en Europe». Et il a ajouté que

«les chefs d'Etat ... sont des hommes, et ils sont responsables de leurs actes... Les actes de l'Etat sont en même temps des actes personnels. Ce sont des individus qui en portent la responsabilité... [A]u sens de l'humanité, des droits de l'homme et du droit naturel ... il existe déjà des lois pouvant servir de normes à la détermination des crimes.»<sup>261</sup>

En fait, tout au long de la procédure devant la Cour dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, l'Allemagne a reconnu sa responsabilité en tant qu'Etat (voir par. 24-31) à raison des faits historiques qui sont à l'origine du présent cas d'espèce.

237. De plus, durant les dernières décennies, elle a accordé des indemnités en des occasions et circonstances distinctes. En outre, à plusieurs occasions, l'Allemagne — patrie de penseurs et d'auteurs universels comme, par exemple, E. Kant (1724-1804) et J. W. Goethe (1749-1832) — a exprimé

<sup>259</sup> K. Jaspers, *Origine et sens de l'histoire*, Paris, Libr. Plon, 1954, p. 245.

<sup>260</sup> K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, New York, Fordham University Press, 2001 (rééd.), p. 47; et voir K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Editions de Minuit, 2007 (rééd.), p. 64-65.

<sup>261</sup> K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, *op. cit. supra* note 260, p. 49-50; et voir K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, *op. cit. supra* note 260, p. 66.

expressed public apologies, such as the renowned silent apology of former Chancellor Willy Brandt in Warsaw, Poland, on 7 December 1970, among other and successive acts of contrition. This being so, I wonder why Germany has not yet provided reparation to the surviving IMIs who have not received it to date (cf. *infra*), instead of having brought the present case before this Court.

238. In my view, in the present Judgment the Court could and should have gone beyond expressing its “surprise” and “regret” (para. 99) at the persistence of the unresolved situation concerning the IMIs. In effect, to attempt to make abstraction of grave violations of human rights or of international humanitarian law, or to attempt to assimilate them to any kind of “tort”, is like trying to withhold the sunlight with a blindfold. Even in the domain of State immunities, there has been acknowledgment of the changes undergone by it, in the sense of restricting or discarding such immunities in the occurrence of those grave breaches, due to the advent of the international law of human rights, with attention focused on the right of access to justice and international accountability<sup>262</sup>.

239. There is nowadays a growing trend of opinion sustaining the removal of immunity in cases of international crimes, for which reparation is sought by the victims<sup>263</sup>. In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of international crimes — marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law — in pursuance of State (criminal) policies, in my perception amounts to a juridical absurdity.

#### XXIV. THE INDIVIDUALS’ RIGHT TO REPARATION AS VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

##### *1. The State’s Duty to Provide Reparation to Individual Victims*

240. As early as in 1927-1928, the PCIJ gave express judicial recognition to a precept of customary international law, reflecting a fundamental principle of international law, to the effect that

<sup>262</sup> Cf. [Various Authors], *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Colloque de Paris de 2003, ed. J. Verhoeven), Paris/Brussels, LGDJ/Larcier, 2004, pp. 6-7, 52-53 and 55.

<sup>263</sup> Cf. *ibid.*, p. 121, and cf. pp. 128-129, 138 and 274. And cf. also: M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali — L’Esercizio della Giurisdizione Penale e Civile nei Confronti degli Organi Statali Sospettati di Gravi Crimini Internazionali*, Torino, G. Giappichelli Edit., 2007, pp. 135, 140 and 307-309; [Various Authors], *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (Colloque de Paris de 2004, ed. I. Pingel), Paris, Pedone, 2004, pp. 20, 31, 150 and 152.

des excuses publiques, dont la fameuse excuse silencieuse de l'ex-chancelier Willy Brandt à Varsovie (Pologne) le 7 décembre 1970 est un exemple, parmi d'autres actes de contrition successifs. Cela étant, je me demande pourquoi l'Allemagne n'a pas encore versé de réparations aux internés militaires italiens survivants qui n'en ont pas reçu à ce jour (voir *infra*), au lieu de porter la présente affaire devant la Cour.

238. Selon moi, dans le présent arrêt, la Cour pouvait et devait faire davantage qu'estimer «surprenant» et «regrettable» (par. 99) que la situation des internés militaires italiens ne soit toujours pas réglée. En effet, tenter de faire abstraction des graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ou tenter de les assimiler à un quelconque «délit civil», est comme essayer de bloquer la lumière du soleil avec un bandeau. Même dans le domaine des immunités de l'Etat proprement dit, il a été reconnu qu'une évolution était intervenue dans le sens d'une limitation ou d'un refus de ces immunités en cas de violations graves, en raison de l'apparition du droit international des droits de l'homme, l'attention s'étant portée sur le droit d'accès à la justice et l'obligation internationale de rendre des comptes<sup>262</sup>.

239. Il existe aujourd'hui dans l'opinion une tendance croissante en faveur de l'absence d'immunité en cas de crimes internationaux dont les victimes demandent réparation<sup>263</sup>. En effet, admettre l'absence d'immunité de l'Etat en matière de relations commerciales ou en ce qui concerne les quasi-délits (par exemple les accidents de la route), et insister dans le même temps pour que les Etats puissent s'abriter derrière l'immunité en cas de crimes internationaux — marqués par des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire — en exécution de politiques (criminelles) d'Etat, constitue selon moi une absurdité juridique.

#### XXIV. LE DROIT DES INDIVIDUS À RÉPARATION

##### EN TANT QUE VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

##### 1. *Obligation de l'Etat d'accorder une réparation aux victimes individuelles*

240. Dès 1927-1928, la CPIJ a expressément conféré une reconnaissance judiciaire à un précepte du droit international coutumier, reflétant un principe fondamental du droit international, estimant que

<sup>262</sup> Voir [divers auteurs], *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* (colloque de Paris de 2003, dir. publ., J. Verhoeven), Paris/Bruxelles, LGDJ/Larcier, 2004, p. 6-7, 52-53 et 55.

<sup>263</sup> Voir *ibid.*, p. 121, et voir p. 128-129, 138 et 274. Voir aussi M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali — L'Esercizio della Giurisdizione Penale e Civile nei Confronti degli Organi Statali Sospettati di Gravi Crimini Internazionali*, Turin, G. Giappichelli Edit., 2007, p. 135, 140 et 307-309; [divers auteurs], *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (colloque de Paris de 2004, dir. publ., I. Pingel), Paris, Pedone, 2004, p. 20, 31, 150 et 152.

“the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention.” (*Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21.*)

The PCIJ added that such reparation “must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed” (*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pp. 29 and 47-48.*)

241. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, as already indicated, Germany itself recognized its State responsibility for the grave breaches of human rights and of international humanitarian law which rest in the factual origins of the *cas d'espèce* (cf. Section III *supra*). The State's obligation of reparation ineluctably ensues therefrom, as the “indispensable complement” of those grave breaches. As the *jurisprudence constante* of the old PCIJ further indicated, already in the inter-war period, that obligation is governed by international law in all its aspects (e.g., scope, forms, beneficiaries); compliance with it shall not be subject to modification or suspension by the respondent State, through the invocation of provisions, interpretations or alleged difficulties of its own domestic law (*Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 15, pp. 26-27; Greco-Bulgarian “Communities”, Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17, pp. 32 and 35; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 167; Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24.*)

242. The individuals' right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law was much discussed before this Court in the present case. In this regard, Germany contended that, under general international law, individuals are not granted the right of reparation, “and certainly not for war damages”<sup>264</sup>. In its view, “Article 3 of the IV Hague Convention of 1907, as well as Article 91 of the First Additional Protocol (of 1977) to the Four Geneva Conventions on International Humanitarian Law of 1949, given the very structure of the Conventions, can only deal with State responsibility at inter-State level, and, hence, cannot have any direct effect for individuals”<sup>265</sup>. As to, more specifically, whether individual victims are conferred rights which can be invoked before courts of law, Germany argued that

“it is hard to see how the unwarranted blend of two different concepts, one of which — the right of access to justice — is subjected to various limitations, and the other of which — the alleged right of action as a

<sup>264</sup> CR 2011/17, p. 42.

<sup>265</sup> *Ibid.*

«la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention.» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21.*)

La CPJI ajoutait que la réparation «doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 29 et 47-48.*)

241. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, comme on l'a indiqué, l'Allemagne elle-même a reconnu sa responsabilité en tant qu'Etat pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui sont à l'origine de la présente affaire (voir section III *supra*). L'obligation de l'Etat de réparer en découle nécessairement, en tant que «complément indispensable» de ces violations graves. Comme l'indique en outre la jurisprudence constante de la CPJI, déjà entre les deux guerres, cette obligation est régie par le droit international dans tous ses aspects (par exemple quant à sa portée, ses formes et ses bénéficiaires); son exécution ne saurait être soumise à modification ou à suspension par l'Etat défendeur en invoquant les dispositions, interprétations ou difficultés touchant son droit interne (*Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15, p. 26-27; «Communautés» gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32 et 35; Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 167; Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 24.*)

242. Le droit des individus à réparation en tant que victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire a été beaucoup débattu devant la Cour dans la présente espèce. A cet égard, l'Allemagne a fait valoir qu'en droit international général il n'existe pas de droit individuel à réparation, «et en tout cas pas en ce qui concerne les dommages de guerre»<sup>264</sup>. Selon elle, «l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907 ainsi que l'article 91 du premier protocole additionnel de 1977 aux quatre conventions de Genève ne portent [en raison de leur structure même] que sur la responsabilité interétatique et ne peuvent donc avoir d'effet direct pour les personnes physiques»<sup>265</sup>. Sur le point plus précis de savoir si les victimes individuelles ont des droits susceptibles d'être invoqués devant les tribunaux, l'Allemagne fait observer que

«on imagine difficilement comment l'alliage peu naturel de deux concepts différents, dont l'un — le droit à l'accès à la justice — est soumis à différentes limites et l'autre — le prétendu droit d'agir en

<sup>264</sup> CR 2011/17, p. 42.

<sup>265</sup> *Ibid.*

consequence of a war crime — simply does not exist *de lege lata*, can together create a super-rule of *jus cogens*”<sup>266</sup>.

243. In turn, Italy contended that the goal of “preserving individual rights from an unjust privilege and granting the individual access to justice and to tort reparation also characterized further developments of the immunity rule and its exceptions”<sup>267</sup>. It further claimed that

“[t]he restriction of immunity in cases of individuals bringing lawsuits to obtain redress for a grave breach of the most fundamental principles of human dignity granted by *jus cogens* rules seems to be a reasonably balanced solution”.<sup>268</sup>

Moreover, it also argued that “[w]hen the victims of violations of fundamental rules of the international legal order, deprived of any other means of redress, resort to national courts, the procedural bars of State immunity cannot bring the effect of depriving such victims of the only available remedy”<sup>269</sup>.

244. For its part, Greece also held, in this respect, that “the fundamental argument in the position of the Greek courts is based on the recognition that there is an individual right to reparation in the event of grave violations of humanitarian law”<sup>270</sup>. Greece claimed that

“the obligation on the State to compensate individuals for violations of the rules of humanitarian law seems to derive from Article 3 of the IV Hague Convention of 1907, even though it is not expressly stated in that Article and even though individuals needed State mediation through inter-State treaties. (. . .) That is made clear by the fact that individuals are not excluded from the text of Article 3. This line of argument also emerges from the *travaux préparatoires* of the Second Hague [Peace] Conference.”<sup>271</sup>

245. The individual right to reparation is well-established in international human rights law, which counts on a considerable case law of international human rights tribunals (such as the European and Inter-American Courts) on the matter<sup>272</sup>. Beyond that, public interna-

<sup>266</sup> CR 2011/17, p. 45.

<sup>267</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 4.22.

<sup>268</sup> *Ibid.*, para. 4.101.

<sup>269</sup> *Ibid.*, para. 4.103.

<sup>270</sup> CR 2011/19, p. 22 (translation).

<sup>271</sup> *Ibid.*, pp. 22-23 (translation).

<sup>272</sup> The case law on the matter of the IACtHR has been particularly singled out, for the *diversity of forms* of the reparations it has granted to the victims; cf., e.g. [Various Authors], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour inter-américaine, pionnière et modèle?*, *op. cit. supra* note 67, pp. 17-334; [Various Authors], *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, pp. 7-413; [Various Authors], *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity — Systems in Place and Systems in the Making* (eds. C. Ferstman, M. Goetz and A. Stephens), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 217-282.

conséquence d'un crime de guerre — n'existe tout simplement pas *de lege lata*, peut constituer une super règle du *jus cogens*»<sup>266</sup>.

243. L'Italie affirme quant à elle que «la protection des droits individuels face à un privilège injuste, l'accès individuel à la justice et la réparation des préjudices ont également marqué l'évolution ultérieure de la règle de l'immunité et des exceptions à celle-ci»<sup>267</sup>. Elle soutient en outre que

«[I]a restriction de l'immunité dans les cas où des personnes physiques intentent des actions en justice pour obtenir réparation à la suite d'une violation grave des principes les plus fondamentaux de la dignité humaine garantis par des règles de *jus cogens* apparaît comme une solution raisonnablement équilibrée».<sup>268</sup>

Elle affirme de plus que, «[I]orsque les victimes de violations de règles fondamentales de l'ordre juridique international, privées de tout autre moyen de réparation, s'adressent aux juridictions nationales, les obstacles d'ordre procédural tenant à l'immunité des Etats ne sauraient avoir pour effet de les priver du seul recours disponible»<sup>269</sup>.

244. La Grèce estime, elle aussi, à cet égard que «[I]l'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il existe un droit individuel à la réparation en cas de violations graves du droit humanitaire»<sup>270</sup>. Elle fait valoir que

«l'obligation de l'Etat d'indemniser les individus pour violations des règles du droit humanitaire semble dériver de l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907, même si elle n'y est pas explicitement exprimée et même si les individus avaient besoin de la médiation de l'Etat ménagée par des traités interétatiques... Cela est attesté par le fait qu'il n'y a pas exclusion des individus du texte de l'article 3. Ce raisonnement ressort également des travaux préparatoires de la deuxième Conférence [de paix] de La Haye.»<sup>271</sup>

245. Le droit individuel à réparation est bien établi en droit international des droits de l'homme, et il repose sur une très abondante jurisprudence des tribunaux internationaux des droits de l'homme (par exemple les cours européenne et interaméricaine) en la matière<sup>272</sup>. En outre, le droit international

<sup>266</sup> CR 2011/17, p. 45.

<sup>267</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.22.

<sup>268</sup> *Ibid.*, par. 4.101.

<sup>269</sup> *Ibid.*, par. 4.103.

<sup>270</sup> CR 2011/19, p. 22.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>272</sup> La jurisprudence en la matière de la CIADH a été particulièrement remarquée, pour la *diversité des formes* des réparations qu'elle a accordées aux victimes; voir par exemple [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, op. cit. supra note 67, p. 17-334; [divers auteurs], *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (dir. publ., L. Hennebel et H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, p. 7-413; [divers auteurs], *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity — Systems in Place and Systems in the Making* (dir. publ., C. Ferstman, M. Goetz et A. Stephens), Leyde, Nijhoff, 2009, p. 217-282.

tional law itself has been undergoing a continuous development in relation to reparation for war-related individual claims, traditionally regarded as being subsumed by inter-State peace arrangements. From the nineties onwards, there have been attempts to re-structure such classical approach into the new line of the adjudication of individual claims by “regular courts of law”<sup>273</sup>. After all, the ultimate victims of violations of international humanitarian law are individuals, not States.

246. Individuals subjected to forced labour in the German war industry (1943-1945), or the close relatives of those murdered in Distomo, Greece, or in Civitella, Italy, in 1944, during the Second World War, or victimized by other State atrocities, are the *titulaires* (with their *ayants-droits*) of the corresponding right to reparation. Victims are the true bearers of rights, including the right to reparation, as generally recognized nowadays. Illustrations exist nowadays also in the domain of international humanitarian law. A study of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on customary international humanitarian law rules<sup>274</sup> can be recalled in this connection. Rule 150 reads as follows: “A State responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused.”<sup>275</sup> As to, specifically, the question of “reparation sought directly by individuals”, Rule 150 refers to “an increasing trend in favour of enabling individual victims of violations of international humanitarian law to seek reparation directly from the responsible State”<sup>276</sup>.

247. Furthermore, the 2004 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the UN Secretary-General, after asserting that grave violations of human rights and of international humanitarian law “can entail not only the individual criminal liability of the perpetrator but also the international responsibility of the State (or State-like entity) on whose behalf the perpetrator was acting”, added that such international responsibility requires that that “the State (or the State-like entity) must pay compensation to the victim” (para. 593).

<sup>273</sup> R. Dolzer, “The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim’s Private Right of Action? Lessons After 1945”, 20 *Berkeley Journal of International Law* (2002), p. 296.

<sup>274</sup> ICRC, *Customary International Humanitarian Law* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Vol. I: Rules, Geneva/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, esp. pp. 537-550.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 537; according to the appended summary, State practice establishes this Rule as one of “customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts”.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 541; in this regard, Rule 150 refers to Article 33 (2) of the ILC Articles on State Responsibility and the commentary thereof, and asserts that reparations have been granted directly to individual victims through different procedures, ranging from mechanisms set up by inter-State agreements to reparations sought by individuals directly before national courts.

public lui-même a connu une évolution continue en ce qui concerne les réparations en cas de demandes individuelles liées à la guerre, considérées traditionnellement comme étant comprises dans les accords de paix entre Etats. A partir des années 1990, on a tenté de restructurer cette approche classique dans le cadre de la démarche nouvelle consistant à faire juger les demandes individuelles par les «tribunaux de droit commun»<sup>273</sup>. Après tout, les victimes ultimes des violations du droit international humanitaire sont des individus, non des Etats.

246. Les individus contraints au travail forcé dans l'industrie de guerre allemande (1943-1945), ou les proches parents de ceux qui ont été assassinés à Distomo (Grèce) ou à Civitella (Italie) en 1944, durant la seconde guerre mondiale, ou ont été victimes d'autres atrocités d'Etat, sont (avec leurs ayants droit) les titulaires du droit à réparation correspondant. Les victimes sont de véritables titulaires de droits, y compris le droit à réparation, comme cela est généralement reconnu de nos jours. Des illustrations en existent également dans le domaine du droit international humanitaire. Une étude du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur les règles du droit international humanitaire coutumier<sup>274</sup> peut être évoquée à cet égard. La règle 150 se lit comme suit : «L'Etat responsable de violations du droit international humanitaire est tenu de réparer intégralement la perte ou le préjudice causé.»<sup>275</sup> Quant à la question plus précise de «la réparation ... demandée directement par des personnes privées», la règle 150 indique que la «tendance est de plus en plus à autoriser les personnes victimes de violations du droit international humanitaire à demander directement réparation à l'Etat responsable»<sup>276</sup>.

247. De plus, dans son rapport de 2004 au Secrétaire général des Nations Unies, la commission internationale d'enquête sur le Darfour, après avoir affirmé que les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire «pouvaient engager non seulement la responsabilité pénale individuelle de leur auteur mais aussi la responsabilité internationale de l'Etat (ou de l'entité quasi étatique) dont celui-ci est l'agent», a ajouté que cette responsabilité internationale signifie que «l'Etat (ou l'entité quasi étatique) doit verser une indemnisation aux victimes» (par. 593).

<sup>273</sup> R. Dolzer, «The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20 (2002), p. 296.

<sup>274</sup> CICR, *Droit international humanitaire coutumier* (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), vol. I: Règles, Genève/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, en particulier p. 537-550.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 537; selon le commentaire joint à la règle, selon la pratique des Etats, cette règle constitue «une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux».

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 541; à cet égard, la règle 150 renvoie au paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat et au commentaire y relatif, et affirme que des réparations ont été accordées directement aux victimes individuelles dans le cadre de différentes procédures allant de mécanismes mis en place par des accords interétatiques à des actions en réparation intentées par des individus directement devant les tribunaux nationaux.

248. After singling out the impact of international human rights law on the domain of State responsibility, the 2004 Report stated that there is nowadays “a strong tendency towards providing compensation not only to States but also to individuals based on State responsibility” (p. 151, note 217). The aforementioned Report of the Commission on Darfur then concluded that, under the impact of the international law of human rights,

“the proposition is warranted that at present, whenever a gross breach of human rights is committed which also amounts to an international crime, customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as *de jure* or *de facto* organs, to make reparation (including compensation) for the damage made” (para. 598).

249. Reference can also be made to the legal regime of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission: according to Article 5 (1) of the Agreement of 12 December 2000 between the Governments of the State of Eritrea and of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, the Commission was thereby set up in order

“to decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (. . .) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party”.

Furthermore, the 2010 draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict (Substantive Issues), of the ILA International Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict, in addressing the right to reparation (under Article 6), acknowledges the enhanced position of individuals in international human rights law, and sees no reason why individuals were to have a weaker position under the rules of international law applicable in armed conflicts.

250. In the same vein, the 2005 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law<sup>277</sup>, sets forth, in Article 15, the duty of States to provide for reparation to victims:

“In accordance with its domestic laws and international legal obligations, a State shall provide reparation to victims for acts or omissions which can be attributed to the State and constitute gross

---

<sup>277</sup> Adopted and proclaimed by UN General Assembly resolution 60/147, of 16 December 2005.

248. Après avoir souligné l'impact du droit international des droits de l'homme dans les domaines de la responsabilité de l'Etat, la commission a déclaré dans le même rapport de 2004 que de nos jours «la tendance majoritaire [voulait] que l'indemnisation, au titre de la responsabilité des Etats, soit versée non seulement aux Etats mais aussi aux particuliers» (p. 151, note 217). La commission concluait dans ce rapport que, eu égard au droit international des droits de l'homme,

«il est permis d'affirmer qu'à l'heure actuelle, en cas de violation grave des droits de l'homme constituant un crime de droit international, le droit international coutumier non seulement reconnaît la responsabilité pénale des auteurs de la violation, mais aussi impose à l'Etat ou aux Etats dont ils sont ressortissants ou dont ils sont, en droit ou en fait, les agents l'obligation de réparer (y compris par une indemnisation) le préjudice causé» (par. 598).

249. On peut également évoquer le régime juridique de la commission des réclamations Éthiopie-Erythrée : aux termes du paragraphe 1 de l'article 5 de l'accord du 12 décembre 2000 entre les gouvernements de l'Etat d'Erythrée et de la République fédérale démocratique d'Éthiopie, la commission a été créée pour

«statuer dans le cadre d'un arbitrage obligatoire sur toutes les demandes à raison de pertes, dommages ou préjudices formulées par un gouvernement contre l'autre, et par les nationaux ... d'une partie contre le gouvernement de l'autre partie ou des entités appartenant ou contrôlées par l'autre partie».

De plus, le projet de déclaration de 2010 des principes de droit international sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé (questions de fond) du comité international de l'ADI sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé, lorsqu'il envisage le droit à réparation (à l'article 6), reconnaît que les individus sont dans une meilleure situation en droit international des droits de l'homme et ne voit aucune raison pour laquelle leur situation serait plus précaire au regard des règles du droit international applicables dans les conflits armés.

250. Dans la même veine, les «principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire» adoptés en 2005<sup>277</sup> énoncent, au paragraphe 15, l'obligation des Etats d'accorder réparation aux victimes :

«Conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'Etat assure aux victimes la réparation des actes ou omissions qui peuvent lui être imputés et qui constituent des

<sup>277</sup> Adoptés et proclamés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005.

violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law.”

All these recent developments go beyond the strict and traditional inter-State dimension, in establishing the individuals’ right to reparation as victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law.

251. It would appear odd, if not surreal, if the domain of State immunity were to remain oblivious of such significant developments in recent years. The *titulaires* of the right to reparation for those grave violations are the individual victims who suffered them. As I sustained in my dissenting opinion (para. 178) in this Court’s Order of 6 July 2010 (dismissing the Italian counter-claim) in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, States cannot at all waive rights that do not belong to them. One cannot at all turn one’s back to significant developments in areas of international law, such as those of the international law of human rights and international humanitarian law, so as to deprive the human person of its right to redress. This would lead to manifest injustice.

252. It appears clearly to me without foundation to claim that the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law would exhaust itself at inter-State level, to the detriment of the individuals who suffered the consequences of war crimes and crimes against humanity. After all, those individuals are the *titulaires* of the right to reparation, as a consequence of those grave violations of international law *inflicted upon them*. An interpretation of the regime of reparations as belonging purely to the inter-State level would furthermore equate to a complete misconception of the position of the individual in the international legal order. In my own conception, “the human person has emancipated herself from her own State, with the acknowledgement of her rights, which are prior and superior to this latter”<sup>278</sup>. Thus, the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law cannot possibly exhaust itself at the inter-State level, wherein the individual is left at the end without any reparation at all.

253. It is also to be kept in mind that national courts are not the only avenue for victims to obtain redress for grave violations of human rights and of international humanitarian law. There have been, in fact, other avenues, in the international *fora*, for individuals to seek and obtain reparation. These include Mixed Claims Tribunals and Commissions, and quasi-judicial bodies set up either by the UN Security Council, or by peace treaties, or at the initiative of States or corporations, and “dormant

<sup>278</sup> A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L’accès des individus à la justice internationale...*, *op. cit. supra* note 243, pp. 29 and 146.

violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire.»

Tous ces développements récents vont au-delà de la dimension strictement interétatique traditionnelle en énonçant le droit à réparation des victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

251. Il serait bizarre, sinon surréel, de ne pas tenir compte dans le domaine de l'immunité de l'Etat de cette importante évolution intervenue ces dernières années. Les titulaires du droit à réparation pour ces violations graves sont les victimes individuelles qui les ont subies. Comme je l'ai soutenu dans l'opinion dissidente (par. 178) que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (déclarant irrecevable la demande reconventionnelle de l'Italie) dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, les Etats ne peuvent absolument pas renoncer à des droits qui ne leur appartiennent pas. On ne peut absolument pas ignorer les développements importants intervenus dans certains domaines du droit international, comme le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, pour priver la personne humaine de son droit à réparation. Cela aboutirait à une injustice manifeste.

252. Il me semble infondé d'affirmer que les régimes de réparation pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire s'épuiseraient au niveau interétatique au détriment des individus ayant souffert des conséquences de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Après tout, ces individus sont les titulaires du droit à réparation découlant de ces graves violations du droit international *qui leur ont été infligées*. Interpréter le régime des réparations comme relevant exclusivement du domaine interétatique traduirait en outre une conception totalement erronée de la situation de l'individu dans l'ordre juridique international. Selon ma propre conception, «la personne humaine s'est émancipée de son propre Etat, avec la reconnaissance de ses droits, qui sont antérieurs et supérieurs à ce dernier»<sup>278</sup>. Ainsi, le régime des réparations pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne peut s'épuiser au niveau interétatique, en laissant finalement l'individu sans aucune réparation.

253. Il faut aussi se souvenir que les tribunaux internes ne sont pas la seule voie ouverte aux victimes pour obtenir réparation des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il y a en fait d'autres voies, dans les *instances* internationales, permettant aux individus de demander et d'obtenir réparation. On peut citer à cet égard les tribunaux et commissions mixtes des réclamations, et les organes quasi judiciaires créés soit par le Conseil de sécurité de l'ONU, soit par des

<sup>278</sup> A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale...*, op. cit. supra note 243, p. 29 et 146.

claims” arbitrations<sup>279</sup>. Thus, national courts are one avenue for victims to obtain redress, depending on the circumstances of the case, but they are not the only one. In contemporary international law, national and international courts are in increasingly closer contact with each other, in distinct domains.

254. For example, in the protection of individual rights, where there is a convergence between public domestic law and international law, they are so, by means of the States’ duty, to provide effective local remedies<sup>280</sup>. In the realm of the law of regional integration, the preliminary ruling procedure (e.g., as under Article 234 of the EC Treaty) affords another example to the same effect. In international criminal law, the principle of complementarity provides yet another illustration. And the examples multiply, disclosing ultimately the *unity of the law*. In fact, what ultimately matters is the *realization of justice* at national and international levels. After all, international crimes are not acts *jure imperii*, they remain *crimes* irrespective of who committed them; they are grave breaches of human rights and of international humanitarian law which require reparations to the victims; claims of State immunity cannot do away with the State’s duty to provide reparation to the individual victims.

255. In effect, the acknowledgment of the *individual’s* right to reparation (corresponding to that obligation of the State), as a component of the individual’s right of access to justice *lato sensu* — with judicial recognition nowadays from both the IACtHR and the ECHR — becomes even more compelling in respect of *grave violations of human rights and of international humanitarian law*, like the ones which form the factual background of the present case relating to the *Jurisdictional Immunities of the State* before this Court. Immunities can hardly be considered in a legal *vacuum*. From the very start of the present case, in the written phase of the proceedings, up to the conclusion of the oral phase, the *punctum pruriens* of a major difference between the contending Parties was precisely the counterposition of State immunities to the State’s duty to provide reparation to those victimized by grave violations of human rights and of international humanitarian law.

256. Germany’s thesis, clearly expounded in its Memorial, is that “Italy is bound to abide by the principle of sovereign immunity which debars private parties from bringing suits against another State before the courts of the forum State” (para. 47). In its view, “Italy cannot rely on

<sup>279</sup> Cf., e.g., E.-C. Gillard, “Reparation for Violations of International Humanitarian Law”, 85 *International Review of the Red Cross* (Sept. 2003), note 851, pp. 539-545; and cf., generally, [Various Authors], *Redressing Injustices through Mass Claims Processes — Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press/PCA, 2006, pp. 3-425.

<sup>280</sup> A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts”, 17 *Archiv des Völkerrechts*, Tübingen (1977-1978), pp. 333-370.

traités de paix ou à l'initiative d'Etats ou de sociétés, et les arbitrages relatifs à des «réclamations en sommeil»<sup>279</sup>. Ainsi, les tribunaux nationaux constituent une voie permettant aux victimes d'obtenir réparation en fonction des circonstances de l'espèce, mais ce n'est pas la seule. En droit international contemporain, les tribunaux nationaux et internationaux sont en contact de plus en plus étroit, dans des domaines distincts.

254. Par exemple, dans la protection des droits de l'individu, où il y a convergence entre le droit public national et le droit international, ils le sont du fait de l'obligation des Etats d'ouvrir des recours effectifs<sup>280</sup>. Dans le domaine du droit de l'intégration régionale, la procédure de la décision préliminaire (par exemple au titre de l'article 234 du traité créant la Communauté européenne) constitue un autre exemple. En droit pénal international, le principe de complémentarité en est encore un autre. Et les exemples se multiplient, finissant par révéler l'*unité du droit*. En fait, ce qui compte en dernière analyse est la *réalisation de la justice* aux niveaux national et international. Après tout, les crimes internationaux ne sont pas des actes *jure imperii*, ils demeurent des *crimes* quels que soient leurs auteurs; il s'agit de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire dont les victimes ont droit à réparation; l'invocation de l'immunité de l'Etat ne peut écarter l'obligation de celui-ci d'accorder réparation aux victimes individuelles.

255. En fait, la reconnaissance du droit de l'*individu* à réparation (qui correspond à cette obligation de l'Etat), en tant qu'élément du droit d'accès à la justice *lato sensu* de l'individu, reconnu judiciairement aujourd'hui par la CIADH et la CEDH, s'impose encore plus pour ce qui est des *violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire*, comme celles qui forment le contexte factuel de la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Les immunités ne peuvent guère être envisagées dans un vide juridique. Dès le début de la présente affaire, durant la procédure écrite et jusqu'à la fin de la procédure orale, le *punctum pruriens* d'une divergence d'opinions majeure entre les Parties a précisément été l'opposition des immunités de l'Etat à l'obligation de l'Etat d'accorder réparation aux victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

256. La thèse de l'Allemagne, clairement exposée dans son mémoire, est que l'Italie «est ... tenue de respecter le principe de l'immunité souveraine, qui empêche les personnes physiques d'engager des poursuites contre un autre Etat devant les juridictions de l'Etat du for» (par. 47).

<sup>279</sup> Voir par exemple E.-C. Gillard, «Reparation for Violations of International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, vol. 85 (septembre 2003), note 851, p. 539-545; et voir généralement [divers auteurs], *Redressing Injustices through Mass Claims Processes — Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press/PCA, 2006, p. 3-425.

<sup>280</sup> A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts», *Archiv des Volkerrechts*, vol. 17 (1977-1978), Tübingen, p. 333-370.

any justification for disregarding the immunity which Germany enjoys under that principle” (para. 47). Contrariwise, Italy’s thesis, as expounded in its Counter-Memorial, is that

“the State which has committed grave violations of fundamental rules cannot be regarded as being entitled to invoke immunity for its wrongful acts, even if these acts are to be qualified as *acta jure imperii*. If granted, immunity would amount to an absolute denial of justice for the victims and to impunity for the State.” (Para. 4.110.)

In its view,

“[t]he international legal order cannot, on the one hand, establish that there are some fundamental substantive rules, which cannot be derogated from and whose violation cannot be condoned, and on the other hand grant immunity to the author of violations of these fundamental rules in situations in which it is clear that immunity substantially amounts to impunity” (para. 4.111).

257. Consideration of this matter — the State’s duty to provide reparation to individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law — cannot possibly be avoided. It is a State’s duty under customary international law and pursuant to a fundamental general principle of law. This brings me now to the issue of compliance or otherwise, by the responsible State, with the duty to provide reparation to the victims — referred to by Italy — for those grave violations which took place in the Second World War. The following points will be addressed in sequence: first, the categories of victims in the *cas d’espèce*; secondly, the legal framework of the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation (2000); and thirdly, assessment of the submissions of the contending Parties.

## 2. *The Categories of Victims in the Cas d’Espèce*

258. According to Italy, there are three categories of victims of the aforementioned violations<sup>281</sup>, entitled to receive reparation, namely:

“(i) soldiers who were imprisoned, denied the status of prisoners of war, and sent to forced labour [the so-called ‘Italian military internees’]; (ii) civilians who were detained and transferred to detention camps where they were sent to forced labour; (iii) civilian populations who were massacred as part of a strategy of terror and reprisals against the actions of freedom fighters”<sup>282</sup>.

<sup>281</sup> Germany also classifies the victims into the three categories described by Italy; cf. Memorial of Germany, para. 13.

<sup>282</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 2.8.

Pour elle, «[r]ien ne justifie qu'elle méconnaisse l'immunité de l'Allemagne en vertu de ce principe» (par. 47). A l'opposé, la thèse de l'Italie, exposée dans son contre-mémoire, est que

«les Etats ayant commis des violations graves des règles fondamentales ne sauraient être considérés comme ayant le droit de se prévaloir de l'immunité pour leurs faits illicites, même si ces derniers doivent être qualifiés d'actes *jure imperii*. Si l'immunité était accordée, cela aboutirait à un déni de justice absolu pour les victimes ainsi qu'à l'impunité de l'Etat.» (Par. 4.110.)

Selon elle,

«[l']ordre juridique international ne saurait, d'une part, prévoir qu'il existe certaines règles matérielles fondamentales auxquelles il n'est pas permis de déroger et dont la violation ne saurait être tolérée, tout en accordant d'autre part l'immunité à l'auteur des violations de ces règles fondamentales dans des situations où il est clair que l'immunité équivaut essentiellement à l'impunité» (par. 4.111).

257. Il n'est pas possible d'éviter l'examen de cette question, celle de l'obligation de l'Etat d'accorder réparation aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il s'agit d'une obligation de l'Etat en vertu du droit international coutumier et d'un principe général fondamental du droit. Cela m'amène maintenant à la question de l'exécution ou de l'inexécution, par l'Etat responsable, de son obligation d'accorder réparation aux victimes mentionnées par l'Italie pour les violations graves commises durant la seconde guerre mondiale. Je me pencherai successivement sur les points suivants : premièrement, les catégories de victimes en l'espèce, deuxièmement, le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000) et, troisièmement, l'évaluation des conclusions des Parties.

## 2. Les catégories de victimes en l'espèce

258. Selon l'Italie, il y a trois catégories de victimes des violations susmentionnées<sup>281</sup> ayant droit à réparation, à savoir :

«*i*) les soldats emprisonnés qui s'étaient vu refuser le statut de prisonniers de guerre et furent soumis au travail forcé [les «internés militaires italiens»]; *ii*) les civils qui furent détenus et transférés dans des camps de détention où ils furent soumis au travail forcé; et *iii*) les populations civiles qui furent massacrées dans le cadre d'une stratégie de terreur et de représailles contre les actions des combattants pour la libération»<sup>282</sup>.

<sup>281</sup> L'Allemagne range également les victimes dans les trois catégories définies par l'Italie; voir mémoire de l'Allemagne, par. 13.

<sup>282</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.8.

259. Italy contends that “none, or very few, of them has obtained [reparation] so far”<sup>283</sup>. Italy further argues, with regard to Mr. Ferrini in particular, that he belongs to the category of *(ii)* civilians who were detained and transferred to detention camps to be used as forced labour<sup>284</sup>. While Mr. Ferrini had already initiated proceedings before the *Tribunale di Arezzo* in 1998, he also sought to obtain reparation from German authorities. Italy claims that Mr. Ferrini decided not to submit a request for compensation under the law of 2 August 2000 (establishing the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation) “since he had not been detained in ‘another place of confinement’ within the meaning of Section 11, paragraph 1 of the Foundation Act and was furthermore not in a position to demonstrate that he met the requirements as set up by the guidelines of the Foundation”<sup>285</sup>.

260. Italy adds that “[i]n 2001 Mr. Ferrini, together with other complainants, also lodged a constitutional complaint against Sections 10, paragraph 1, 11, paragraph 3, and 16, paragraphs 1 and 2 of the Foundation Law with the Federal Constitutional Court” and that “[t]his complaint was later rejected by the Federal Constitutional Court”<sup>286</sup>. Keeping this background information in mind, attention may now be turned to the legal framework of the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation, established in 2000.

### 3. *The Legal Framework of the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation (2000)*

261. In the years 1999-2000, Germany conducted diplomatic negotiations with a number of States — which formerly were belligerent parties in the Second World War — concerning reparation for individuals who had, during the war, been subjected to forced labour in German companies and in the public sector<sup>287</sup>. According to Italy, those negotiations were triggered by lawsuits brought by former forced labourers against German companies in US courts, and, against that background, Ger-

<sup>283</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 2.8.

<sup>284</sup> In Italy’s words:

“War crimes were widely committed against the civilian population, and thousands of civilians of military age, among them Mr. Ferrini, Mr. Mantelli, and Mr. Maietta (whose cases are referred to by the Applicant in its Memorial), were also transferred to detention camps in Germany, or in territories controlled by Germany, where they were employed as forced labour as another form of retaliation against the Italian civilian population.” (*Ibid.*, para. 2.7.)

<sup>285</sup> *Ibid.*, para. 2.43 (note 43). Cf. summary of facts reported in *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigione dall’Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) and 275 Others v. Germany*, p. 5 (Annex 10 to Italy’s Counter-Memorial).

<sup>286</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 2.43 (note 43).

<sup>287</sup> *Ibid.*, para. 2.27. And cf., generally, J. Authers, *op. cit. supra* note 230, pp. 420-449.

259. L'Italie affirme que, parmi ces catégories, «quasiment aucune n'a été indemnisée jusqu'à présent»<sup>283</sup>. Elle fait valoir en outre, en ce qui concerne M. Ferrini en particulier, qu'il entre dans la catégorie *ii*) des civils placés en détention et transférés dans les camps de détention pour y être astreints au travail forcé<sup>284</sup>. Si M. Ferrini avait déjà engagé une instance devant le *Tribunale di Arezzo* en 1998, il a aussi cherché à obtenir réparation auprès des autorités allemandes. L'Italie fait valoir que M. Ferrini a décidé de ne pas présenter de demande d'indemnisation en vertu de la loi du 2 août 2000 (créant la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir») «en raison du fait qu'il n'avait pas été détenu dans un «autre lieu de détention» au sens du premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation et qu'en outre il n'était pas en mesure de démontrer qu'il remplissait les conditions définies dans les lignes directrices de la fondation»<sup>285</sup>.

260. L'Italie ajoute que, «[e]n 2001, M. Ferrini, conjointement avec d'autres demandeurs, forma également un recours constitutionnel concernant les paragraphes 1 de l'article 10, 3 de l'article 11 et 1 et 2 de l'article 16 de la loi portant création de la fondation devant la Cour constitutionnelle fédérale» et que «ce recours fut par la suite rejeté par cette dernière»<sup>286</sup>. Gardant ces faits à l'esprit, je vais maintenant examiner le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir», créée en 2000.

### 3. *Le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000)*

261. En 1999-2000, l'Allemagne a mené des négociations diplomatiques avec plusieurs Etats, anciennes parties belligérantes lors de la seconde guerre mondiale, concernant l'octroi de réparations aux individus qui avaient été durant la guerre astreints à un travail forcé dans des sociétés allemandes et dans le secteur public<sup>287</sup>. Selon l'Italie, ces négociations furent suscitées par des actions en justice introduites par d'anciens travailleurs forcés contre des entreprises allemandes devant les tribunaux

<sup>283</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.8.

<sup>284</sup> Selon l'Italie :

«Des crimes de guerre furent commis en masse contre la population civile, et des milliers de civils aptes au service militaire, dont M. Ferrini, M. Mantelli et M. Maietta (dont les affaires sont citées par le demandeur dans son mémoire), furent également transférés dans des camps de détention situés en Allemagne ou sur des territoires contrôlés par cette dernière, où ils furent astreints au travail forcé, une autre forme de représailles contre la population civile italienne.» (*Ibid.*, par. 2.7.)

<sup>285</sup> *Ibid.*, par. 2.43 (note 43). Voir le résumé des faits dans *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) et 275 autres plaignants c. Allemagne*, p. 5 (annexe 10 du contre-mémoire de l'Italie).

<sup>286</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.43 (note 43).

<sup>287</sup> *Ibid.*, par. 2.27. Et voir généralement J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 420-449.

many and the United States concluded an agreement that envisaged the establishment of a mechanism for addressing reparation claims of former forced labourers<sup>288</sup>.

262. Upon the conclusion of such agreement, on 2 August 2000 a German federal law was adopted, setting up the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation<sup>289</sup>. The purpose of the Foundation was to make funds available to persons who had been victims of forced labour “and other injustices from the National Socialist period” (Article 2 (1) of the Foundation Law). The Foundation did not provide reparation directly to individuals defined by the Foundation Law, but rather to so-called “partner organizations”, which received specified global amounts (Article 9 of the Foundation Law)<sup>290</sup>.

263. The categories of persons entitled to receive reparation, according to the Article 11 of the Foundation Law, were thus defined: (a) individuals “detained in a concentration camp, or in another prison or camp, or in a ghetto under comparable conditions, and subjected to forced labour” (Art. 11 (1)); (b) individuals “deported from their home country to Germany in the borders of 1937, or a territory occupied by Germany, and subjected to forced labour in a private company or in the public sector, and (. . .) detained (. . .) or subjected to particularly bad conditions of life” (Art. 11 (2)); and (c) it was expressly stated — importantly for the proceedings of the present case — that the status of a prisoner of war does not give entitlement to payments or benefits under the Law (Art. 11 (3))<sup>291</sup>.

264. Thus, although the Foundation Law was intended specifically to cover categories of victims who were left out of other German reparation arrangements, the Article 11 (3) of the Foundation Law expressly excluded prisoners of war, stating that “[e]ligibility cannot be based on prisoner-of-war status”. As to the scope of this provision, it has been pointed out that, in the official commentary of the Foundation Law,

“the Federal Government explained the exclusory clause as follows:

‘Prisoners of war subjected to forced labour are in principle not entitled to payments because the rules of international law allowed a detaining power to enlist prisoners of war as workers. However,

<sup>288</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 2.27.

<sup>289</sup> Hereinafter referred to as “the Foundation”.

<sup>290</sup> Cf. B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000”, 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005), pp. 244-245; cf. also, Counter-Memorial of Italy, paras. 2.27-2.28.

<sup>291</sup> Cf. B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II...”, *op. cit. supra* note 290, p. 246.

des Etats-Unis et, dans ce contexte, l'Allemagne et les Etats-Unis conclurent un traité prévoyant la mise en place d'un mécanisme pour le traitement des demandes de réparation d'anciens travailleurs forcés<sup>288</sup>.

262. Suite à la conclusion de cet accord, le 2 août 2000, une loi fédérale allemande fut adoptée qui portait création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir»<sup>289</sup>. Cette fondation avait pour objet d'indemniser financièrement les personnes qui avaient été soumises au travail forcé «et à d'autres injustices au cours de la période nationale-socialiste» (article 2, paragraphe 1, de la loi). La fondation ne versait pas directement de réparations aux individus définis dans la loi mais les versait à des «organisations partenaires» qui recevaient des sommes forfaitaires déterminées (article 9 de la loi)<sup>290</sup>.

263. Les catégories de personnes ayant droit à réparation étaient ainsi définies à l'article 11 de la loi portant création de la fondation: *a)* les individus «détenus dans un camp de concentration, une autre prison ou un autre camp, ou dans un ghetto dans des conditions comparables, et astreints au travail forcé» (art. 11, par. 1); *b)* les individus «déportés depuis leur pays d'origine vers le territoire du Reich allemand selon les frontières de 1937, ou vers un territoire occupé par l'Allemagne, et ayant été astreints au travail forcé dans une entreprise commerciale ou au service d'autorités publiques sur place, ou ... [en] détention ou dans des conditions de vie extrêmement difficiles de nature similaire» (art. 11, par. 2); et *c)* il était expressément indiqué, ce qui est important pour la procédure en l'espèce, que le statut des prisonniers de guerre ne donne pas droit à des versements ou des prestations en vertu de la loi (art. 11, par. 3)<sup>291</sup>.

264. Ainsi, bien que la loi portant création de la fondation eût été spécifiquement adoptée pour couvrir les catégories de victimes ne relevant pas des autres accords de réparation conclus par l'Allemagne, le paragraphe 3 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation excluait expressément les prisonniers de guerre de son champ d'application, indiquant que «[l]e droit à réparation ne peut être fondé sur le statut de prisonnier de guerre». Pour ce qui est de la portée de cette disposition, le commentaire officiel de la loi indique ce qui suit:

«le Gouvernement fédéral a expliqué cette clause d'exclusion comme suit:

«Les prisonniers de guerre astreints à un travail forcé n'ont en principe pas droit à des versements parce que les règles du droit international autorisent la puissance qui les détient à engager les

<sup>288</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.27.

<sup>289</sup> Ci-après «la fondation».

<sup>290</sup> Voir B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3 (2005), p. 244-245; voir également contre-mémoire de l'Italie, par. 2.27-2.28.

<sup>291</sup> Voir B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II...», *op. cit. supra* note 290, p. 246.

persons released as prisoners of war who were made ‘civilian workers’ (*Zivilarbeiter*) can be entitled under the [Foundation Law] if the other requirements are met.’

However, in ‘guidelines’ adopted in August 2001 in agreement with the Federal Ministry of Finance, the Board of the Foundation further limited the exclusionary effect of the clause by determining that ‘prisoners of war who have been taken to a concentration camp’ are not excluded from benefits under the Statute ‘because in this case special discrimination and mistreatment on account of the National Socialist ideology is relevant, and imprisonment in a concentration camp cannot be regarded as a general wartime fate (. . .).’<sup>292</sup>

265. Against this background, an expert opinion (by C. Tomuschat) concerning the issue of the entitlement of “Italian military internees” to reparation under the Foundation Law<sup>293</sup> cannot pass unnoticed here. Such expert opinion advised the German Government that, although Germany treated persons that were to be given the status of prisoners of war (POWs) as forced labourers, their status was actually that of prisoners of war. In the words of the expert opinion, the “Italian military internees” “possessed, up until their final liberation after the end of the Second World War, POW status in accordance with the rules of international law, although the German Reich massively infringed this status. Accordingly, the exclusion clause [Article 11 (3) of the Foundation Law] can in principle be applied to them”<sup>294</sup>.

266. Thus, the expert opinion prioritized the military internees’ *de jure* status — a status (with all the rights attached to it) which was in fact denied to them — over their *de facto* treatment. On the basis of the advice provided by the aforementioned expert opinion, many victims fell under the exception of Section 11 (3) of the Foundation Law (*supra*) and were thus excluded from that reparation scheme. Against this background, Italy submits that, since the year 2000, “thousands of [Italian military internees] and Italian civilians subjected to forced labour had lodged requests for compensation” on the basis of the Foundation Law and those requests “were almost all rejected”. It adds that

“[i]n 2003, German administrative courts had dismissed the lawsuits filed by a certain number of [Italian military internees]. With the sole exception of the *Ferrini* case, all the claims submitted before Italian

<sup>292</sup> *Op. cit. supra* note 290, p. 246.

<sup>293</sup> Counter-Memorial of Italy, Annex 8.

<sup>294</sup> The expert opinion concluded, however, that a different assessment should be given concerning “Italian military internees”, who, in addition to the violation of their prisoner of war status, suffered measures of racist persecution.

prisonniers de guerre comme travailleurs. Toutefois, les personnes libérées comme prisonniers de guerre et transformées en «travailleurs civils» (*Zivilarbeiter*) peuvent avoir droit à indemnisation en vertu de la [loi portant création de la fondation] si les autres conditions sont réunies.»

Toutefois, dans des «directives» adoptées en août 2001 en accord avec le ministère fédéral des finances, le conseil d'administration de la fondation a encore limité l'effet d'exclusion de cette clause en décidant que «les prisonniers de guerre qui ont été internés dans un camp de concentration» ne sont pas exclus du bénéfice de la loi «parce que dans un tel cas la discrimination et les mauvais traitements particuliers subis en raison de l'idéologie nationale-socialiste sont pertinents, et que l'emprisonnement dans un camp de concentration ne peut être considéré comme un sort habituel en temps de guerre.»<sup>292</sup>

265. Dans ce contexte, l'avis d'un spécialiste (C. Tomuschat) concernant la question du droit à réparation des «internés militaires italiens» au regard de la loi portant création de la fondation<sup>293</sup> doit être cité ici. Selon cet avis adressé au Gouvernement allemand, bien que l'Allemagne ait traité les personnes devant recevoir le statut de prisonniers de guerre comme les travailleurs forcés, elles avaient effectivement le statut de prisonniers de guerre. Selon l'avis, les «internés militaires italiens» «possédaient, jusqu'à leur libération finale à la fin de la seconde guerre mondiale, le statut de prisonniers de guerre en application des règles du droit international, bien que le Reich allemand ait massivement contrevenu à ce statut. En conséquence, la clause d'exclusion [article 11, paragraphe 3, de la loi portant création de la fondation] peut en principe leur être appliquée»<sup>294</sup>.

266. Ainsi, cet avis juridique a donné la priorité au statut *de jure* des internés militaires, statut (avec tous les droits qui s'y attachent) qui leur a en fait été dénié, sur leur traitement *de facto*. Au regard de cet avis juridique, de nombreuses victimes relevaient de l'exception prévue au paragraphe 3 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation (*supra*) et furent donc exclues du régime de réparation. Dans ce contexte, l'Italie fait valoir que depuis 2000 «des milliers d'[internés militaires italiens] et de civils italiens ayant été soumis au travail forcé avaient présenté des demandes d'indemnisation» en vertu de la loi portant création de la fondation et que «la quasi-totalité de ces demandes avaient été rejetées». Elle ajoute que,

«[e]n 2003, les juridictions administratives allemandes rejetèrent les recours formés par un certain nombre d'[internés militaires italiens]. A la seule exception de l'affaire *Ferrini*, toutes les actions devant les

<sup>292</sup> *Op. cit. supra* note 290, p. 246.

<sup>293</sup> Contre-mémoire de l'Italie, annexe 8.

<sup>294</sup> Cet avis concluait toutefois qu'il fallait évaluer différemment la situation des «internés militaires italiens» qui, outre qu'il avait été porté atteinte à leur statut de prisonniers de guerre, subirent des mesures de persécution raciste.

courts were filed starting from 2004. At that time it was already evident that Italian forced labourers had no possibility of obtaining redress from German authorities.”<sup>295</sup>

267. In my understanding, it is regrettable that the “Italian military internees” were actually precluded from obtaining reparation on the basis of a status which they were *de facto* denied. This was precisely one of the many violations committed by Nazi Germany against those persons: the denial of their right, under international law, to be treated as prisoners of war. Relying on this violation to commit yet another violation — the denial of reparation — amounts to, as Italy puts it, “a Kafkaesque black hole of law”<sup>296</sup>, and amounts to a double injustice<sup>297</sup>.

#### 4. *Assessment of the Submissions of the Contending Parties*

268. May I now turn to the arguments of the contending Parties concerning the issue of the reparations due to the victims referred to by Italy, put forward by them in the written and oral phases of the proceedings before the Court in the present case. The materials and submissions of Germany do not generally address which specific victims have in fact received reparation. While Germany does not provide a full account of the reparations it paid after 1945 by stating that “[t]his is not the place to provide a complete balance sheet of all the reparations which the Allied Powers received from Germany after 1945”, it nevertheless argues that, under the two 1961 Agreements between Germany and Italy, “considerable payments were made to Italy”<sup>298</sup>; it adds that it made payments to Italy “on grounds of equity”, despite the waiver clause of the Peace Treaty<sup>299</sup>.

269. The more telling submission of Germany is when it clearly admits that the “Italian military internees” have not received reparation on the basis of an interpretation given of the Foundation Law:

<sup>295</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 2.43. The assertion that Italian military internees have not received reparation for their forced labour is also found in expert writing; cf. R. Buxbaum, “German Reparations after the Second World War”, 6 *African-American Law and Policy Report* (2004), p. 39.

<sup>296</sup> CR 2011/18, p. 33, para. 28.

<sup>297</sup> It has been pointed out, in this connection, that “[t]he Italians were not prisoners of war who happened also to be subjected to forced labour. Instead, the exploitation of their labour force was the principal reason for their continued detention in Germany” (B. Fassbender, “Compensation for Forced Labour in World War II . . .”, *op. cit. supra* note 290, p. 251). Furthermore, “the living conditions of the Italians were worse than those of the Western Allied soldiers captured by Germany. In particular, Italian detainees suffered from poor nourishment.” In a third period, between August 1944 and the end of the war, the detained Italian soldiers were given the status of “civilian workers” (*Zivilarbeiter*) in order to “exploit their manpower in a more efficient way” (*ibid.*, p. 244, note 2).

<sup>298</sup> Reply of Germany, paras. 30-33.

<sup>299</sup> *Ibid.*, para. 33.

juridictions italiennes ont été introduites après 2004. A cette époque, il était déjà évident que les travailleurs forcés italiens n'avaient pas la possibilité d'obtenir une indemnisation de la part des autorités allemandes.»<sup>295</sup>

267. Selon moi, il est regrettable que les «internés militaires italiens» aient été effectivement exclus du bénéfice des réparations sur la base d'un statut qui en fait leur avait été dénié. Il s'agit là précisément d'une des nombreuses violations commises par l'Allemagne nazie contre ces personnes : le déni de leur droit, en droit international, d'être traitées comme des prisonniers de guerre. Invoquer cette violation pour en commettre une autre, le déni de réparation, aboutit, comme le dit l'Italie, à «un vide juridique kafkaïen»<sup>296</sup>, de même qu'à une double injustice<sup>297</sup>.

#### 4. *Evaluation des conclusions des Parties*

268. Je vais maintenant me pencher sur les arguments des Parties concernant la question des réparations dues aux victimes mentionnées par l'Italie, tels qu'elles les ont présentés lors des procédures écrite et orale dans la présente affaire. Les pièces et conclusions de l'Allemagne n'indiquent pas généralement quelles victimes précises ont en fait bénéficié de réparations. Si l'Allemagne ne rend pas pleinement compte des réparations qu'elle a versées après 1945 en déclarant qu'«[i]l n'y a[vait] pas lieu de dresser ici un bilan complet de l'ensemble des réparations que les Puissances alliées ont reçues de l'Allemagne après 1945», elle fait néanmoins valoir que, dans le cadre des deux accords conclus par l'Allemagne et l'Italie en 1961, «des sommes considérables ont été versées à l'Italie»<sup>298</sup>; elle ajoute qu'elle a indemnisé l'Italie «pour des raisons d'équité», malgré la clause de renonciation que contenait le traité de paix<sup>299</sup>.

269. L'observation la plus révélatrice de l'Allemagne est celle où elle admet clairement que les «internés militaires italiens» n'ont pas reçu de réparations en raison de l'interprétation donnée à la loi portant création de la fondation :

<sup>295</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.43. Des articles de doctrine attestent également que les internés militaires italiens n'avaient pas reçu de réparations pour leur travail forcé; voir R. Buxbaum, «German Reparations after the Second World War», *African-American Law and Policy Report*, vol. 6 (2004) p. 39.

<sup>296</sup> CR 2011/18, p. 33, par. 28.

<sup>297</sup> On a fait observer à cet égard que «[l]es Italiens n'étaient pas des prisonniers de guerre qui se trouvèrent également astreints à un travail forcé. En effet, l'exploitation de leur travail forcé était la principale raison de leur maintien en détention en Allemagne» (B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II...», *op. cit. supra* note 290, p. 251). De plus, «les conditions de vie des Italiens étaient pires que celles des soldats alliés occidentaux capturés par l'Allemagne. En particulier, les détenus italiens étaient mal nourris.» Durant une troisième période, entre août 1944 et la fin de la guerre, on conféra aux soldats italiens détenus le statut de «travailleurs civils» (*Zivilarbeiter*) afin de pouvoir «exploiter leur force de travail de manière plus efficace» (*ibid.*, p. 244 (note 2)).

<sup>298</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 30-33.

<sup>299</sup> *Ibid.*, par. 33.

“It is only after the adoption of the 2000 German law on the ‘Remembrance, Responsibility and Future’ Foundation that Italy made representations to Germany on account of *the exclusion of the Italian military internees (‘IMIs’) from the scope ratione personae of that law. As prisoners of war, this group of persons was not taken into account for the purposes of that belated reparation scheme.*”<sup>300</sup>

270. For its part, in its written submissions, Italy notes that “[a] very large number of victims remained uncovered” by the two 1961 Agreements between Germany and Italy and “has never received appropriate reparation”<sup>301</sup>. While Italy recognizes that Germany has adopted and implemented, over the past decades, a number of measures in order to address the reparation claims from victims of war atrocities, and notes that two important pieces of legislation (the Federal Compensation Law of 1953 and the Foundation Law of 2 August 2000) were adopted, it adds that, nevertheless, neither provided an effective legal avenue for Italian victims to obtain reparation<sup>302</sup>. In this regard, Italy argues that under the 1953 federal compensation law, foreign nationals were generally excluded from compensation, and that, with regard to the Foundation Law:

“while more than 130,000 Italian forced labourers lodged requests for compensation under the law of 2 August 2000, the great majority of such requests (more than 127,000) were rejected because of the unduly strict requirements for compensation set under that law”<sup>303</sup>.

271. Italy also claims that

“the measures adopted so far by Germany (both under the relevant agreements as well as in unilateral acts) have proved insufficient, in particular because such measures did not cover several categories of victims such as the Italian military internees and the victims of massacres perpetrated by German forces during the last months of the Second World War.”<sup>304</sup>

For its part, Germany does not make reference to specific victims, and, instead, only argues generally that “reparations were made” through “a comprehensive scheme for all countries concerned and covering all war damages”<sup>305</sup>.

272. Germany also recalls the lump-sum payments made to Italy and Greece, and claims that “[r]oughly 3,400 Italian civilians were com-

<sup>300</sup> Reply of Germany, para. 13 (emphasis added).

<sup>301</sup> Counter-Memorial of Italy, para. 2.18.

<sup>302</sup> *Ibid.*, paras. 2.20-2.21.

<sup>303</sup> *Ibid.*, para. 2.21.

<sup>304</sup> *Ibid.*, para. 7.9.

<sup>305</sup> CR 2011/20, pp. 11-12.

«Ce n'est qu'après que l'Allemagne a adopté la loi de 2000 sur la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» que l'Italie a fait des représentations auprès de celle-ci au sujet de *l'exclusion des internés militaires italiens de la portée ratione personae de cette loi. En tant que prisonniers de guerre, les membres de ce groupe n'avaient pas été pris en compte dans ce régime de réparation mis en place tardivement.*»<sup>300</sup>

270. Pour sa part, dans ses écritures, l'Italie relève qu'«[u]n très grand nombre de victimes n'étaient pas visées et n'ont jamais été dûment indemnisées»<sup>301</sup>. Si l'Italie reconnaît que l'Allemagne a adopté et mis en œuvre au cours des dernières décennies diverses mesures en réponse aux demandes de réparations des victimes d'atrocités de guerre, et relève que deux lois importantes (la loi fédérale d'indemnisation de 1953 et la loi portant création de la fondation du 2 août 2000) ont été adoptées, elle ajoute qu'aucune de ces deux lois ne pouvait constituer une voie de droit effective permettant aux victimes italiennes d'obtenir réparation<sup>302</sup>. A cet égard, l'Italie fait valoir que, dans le cadre de la loi fédérale d'indemnisation de 1953, les étrangers étaient généralement exclus du bénéfice d'une indemnisation et que, en ce qui concerne la loi portant création de la fondation,

«même si plus de 130 000 travailleurs forcés italiens présentèrent des demandes d'indemnisation au titre de la loi du 2 août 2000, la grande majorité de ces demandes (plus de 127 000) furent rejetées à cause des critères indûment restrictifs prévus par ce texte pour bénéficier de l'indemnisation»<sup>303</sup>.

271. L'Italie affirme également que

«les mesures adoptées jusqu'à présent par l'Allemagne (en vertu aussi bien d'accords pertinents que d'actes unilatéraux) se sont révélées insuffisantes, en particulier parce que plusieurs catégories de victimes, parmi lesquelles les internés militaires italiens et les victimes des massacres perpétrés par les forces allemandes pendant les derniers mois de la guerre, n'en ont pas bénéficié.»<sup>304</sup>

L'Allemagne pour sa part ne mentionne pas de victimes spécifiques et se contente de faire valoir de manière générale que des réparations furent versées dans le cadre d'«un régime global bénéficiant à tous les pays concernés et couvrant l'ensemble des dommages de guerre»<sup>305</sup>.

272. L'Allemagne rappelle également les montants forfaitaires versés à l'Italie et à la Grèce, et affirme qu'«[e]nviron 3 400 civils italiens ont

<sup>300</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 13 (les italiques sont de moi).

<sup>301</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.18.

<sup>302</sup> *Ibid.*, par. 2.20-2.21.

<sup>303</sup> *Ibid.*, par. 2.21.

<sup>304</sup> *Ibid.*, par. 7.9.

<sup>305</sup> CR 2011/20, p. 11-12.

compensated for their forced labour by the “Remembrance, Responsibility and Future” Foundation, and that “roughly 1,000 Italian military internees were awarded compensation for forced labour under the Foundation scheme”<sup>306</sup>. As to this latter group of victims, Germany argues that it “decided to make *ex gratia* payments to former forced labourers in the year 2000”, but then admits that “prisoners of war were not included in this specific scheme”; only “those military internees who had also been subjected to racial and/or ideological persecution were entitled to payments”<sup>307</sup>.

273. It ensues, from the aforementioned submissions, that not all “Italian military internees” were provided reparations, but only those who had also been victims of “racial and/or ideological persecution”<sup>308</sup>. Italy retorts to this argument of Germany by arguing that the issue underlying the present dispute does not concern those latter victims, but rather hinges upon the “obligation to make reparation for war crimes committed against several thousands of Italian victims that *have not received any reparation, as indirectly admitted by Germany*”<sup>309</sup>. Italy thus concludes that “there is plain and unrestricted recognition of the fact that the rest of the victims — in other words, those who were not victims of persecution, and these represent the vast majority — remained totally unsatisfied”<sup>310</sup>.

274. As already pointed out, at the end of the oral hearings before the Court of 16 September 2011, one of the questions I put to the contending Parties aimed at clarifying this particular factual issue: I then asked whether “the specific Italian victims to whom the Respondent refers effectively received reparation”, and, if they have not received reparation, whether “they are entitled to it and how can they effectively receive it, if not through national proceedings”<sup>311</sup>. The responses of the contending Parties to this question served to clarify their respective positions on the matter at issue.

275. Germany, for its part, seemed to evade the question by referring to the Court’s Order of 6 July 2010 (counter-claim) and by arguing that “the question of whether reparations related to World War II are still due or not is not the subject-matter of the proceedings before the Court”<sup>312</sup>. It also affirmed that the reparation scheme for the Sec-

<sup>306</sup> CR 2011/20, pp. 12-13.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 13, para. 10.

<sup>308</sup> To whom Italy has already recognized that reparations were made, cf. CR 2011/21, p. 25, para. 33.

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 26, para. 35.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>312</sup> Written Response of Germany to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 3.

été indemnisés par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» pour [leur] travail forcé» et que «quelque 1 000 internés militaires italiens ont été indemnisés pour cause de travail forcé dans le cadre du régime mis en place par ladite fondation»<sup>306</sup>. Quant à ce dernier groupe de victimes, l'Allemagne fait valoir qu'elle a décidé, «en 2000, de verser aux anciens travailleurs forcés une indemnisation *ex gratia*», mais admet ensuite que «les prisonniers de guerre ne bénéficiaient pas de ce régime particulier»; seuls «les internés militaires qui avaient également subi une persécution raciale ou idéologique avaient droit à des indemnités»<sup>307</sup>.

273. Il ressort des écritures susvisées que tous les «internés militaires italiens» n'ont pas reçu de réparations, mais seulement ceux qui avaient aussi été victimes d'«une persécution raciale ou idéologique»<sup>308</sup>. L'Italie répond à cet argument allemand que la question qui sous-tend le présent différend ne concerne pas ces dernières victimes mais bien l'«obligation d'accorder réparation à plusieurs milliers d'Italiens victimes de crimes de guerre qui n'ont reçu de réparation sous aucune forme que ce soit, ce que l'Allemagne a indirectement reconnu»<sup>309</sup>. L'Italie conclut ainsi que «l'Allemagne a donc reconnu de manière claire et sans réserve que le reste des victimes — autrement dit, pas les victimes de persécutions mais toutes les autres, qui représentent une large majorité — n'avaient nullement obtenu satisfaction»<sup>310</sup>.

274. Comme je l'ai déjà souligné, à la fin de l'audience de la Cour du 16 septembre 2011, l'une des questions que j'ai posées aux Parties visait à clarifier ce point de fait particulier: j'ai demandé si «les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement [avaient] ... effectivement été indemnisées» et, si tel n'était pas le cas, si «elles [avaient] droit à une telle réparation et comment elles [pouvaient] être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne»<sup>311</sup>. Les réponses des Parties à cette question ont contribué à clarifier leurs positions respectives en la matière.

275. L'Allemagne pour sa part a semblé éluder la question en se référant à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle) en affirmant que «la question de savoir si des réparations à raison d'actes commis pendant la seconde guerre mondiale étaient toujours dues ne constituait pas l'objet du présent différend porté devant la Cour»<sup>312</sup>.

<sup>306</sup> CR 2011/20, p. 12-13.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 13, par. 10.

<sup>308</sup> Auxquels l'Italie a déjà reconnu que des réparations ont été accordées, voir CR 2011/21, p. 25, par. 33.

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 26, par. 35.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>312</sup> Réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 3.

ond World War was a classic inter-State and comprehensive<sup>313</sup> regime, and further argued that those victims who consider to have a claim against Germany can institute proceedings in German courts<sup>314</sup>. Germany thus shed no light into the factual question of whether or not those specific victims have received reparations; it appeared to evade this question by relying, somewhat equivocally, on the Court's Order of 6 July 2010 (counter-claim).

276. Italy, for its part, provided a clear answer to this specific question, in affirming unambiguously that “[n]one of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation”<sup>315</sup>. It added that some categories of victims were never able to claim compensation because no mechanism was put in place while others have been trying to obtain compensation for a decade without any success. Italy further argues that there is strong reluctance on Germany's part to conclude an agreement aimed at making reparation to these categories of victims. It also claimed that the question of reparation for the Italian military internees was addressed by the Italian Ambassador in Berlin during discussions on the possibility of compensation by the Foundation<sup>316</sup>.

277. Italy also submitted that, at the moment, there is no other alternative than national proceedings for these categories of victims to receive reparation. Italy argued that had domestic judges not removed immunity, no other avenue would have remained open for war crime victims to obtain reparation<sup>317</sup>. In its comments on Germany's written reply to my question, Italy further claimed that Germany's arguments make it clear that no reparation has been made to numerous Italian victims of war crimes, as its refusal to make reparation was grounded on the argument that it had been relieved of the obligation to make reparation on the basis of the waiver clause of Article 77 of the 1947 Peace Treaty<sup>318</sup>. Germany

---

<sup>313</sup> Italy takes issue with Germany's statement that the reparation regime set up for the Second World War was “comprehensive”. Italy argues that Germany itself, both in its written and oral submissions, admitted that reparations made in relation to Italian victims of war crimes were only “partial”. Italy further contends that the 1961 Agreement only provided for reparations for victims of persecution. Thus, Italy submits that the characterization of the reparation scheme as “comprehensive” cannot be accurate, in particular concerning Italian victims of war crimes. Comments of Italy on Germany's Written Reply to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011, pp. 1-2.

<sup>314</sup> Written Response of Germany to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 3.

<sup>315</sup> Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9.

<sup>316</sup> *Op. cit. supra* note 315, pp. 9-10.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> Comments of Italy on Germany's Written Reply to the Question Put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 2.

Elle a aussi fait valoir que le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était un régime de réparation interétatique classique et global<sup>313</sup>, et ajouté que les victimes qui s'estimaient fondées à le faire pouvaient tenter une action contre l'Allemagne devant les tribunaux allemands<sup>314</sup>. L'Allemagne ne répond donc aucunement à la question factuelle de savoir si ces victimes spécifiques ont été indemnisées; elle semble éluder cette question en invoquant, de manière quelque peu équivoque, l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle).

276. L'Italie pour sa part a répondu clairement à cette question précise en affirmant sans ambiguïté qu'«[a]ucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires qui sont à l'origine du présent différend n'a reçu d'indemnisation»<sup>315</sup>. Elle ajoute que certaines de ces victimes n'ont jamais eu la possibilité de demander réparation parce qu'aucun mécanisme n'a été mis en place alors que d'autres tentaient en vain depuis presque une décennie d'obtenir réparation. L'Italie fait valoir en outre que les autorités allemandes semblent très réticentes à conclure un accord en vue d'indemniser ces catégories de victimes. Elle affirme également que la question de l'indemnisation des internés militaires italiens a été évoquée par l'ambassadeur d'Italie à Berlin lors de pourparlers relatifs à une éventuelle indemnisation par la fondation<sup>316</sup>.

277. L'Italie fait également valoir que, pour l'instant, il n'y a d'autres recours pour ces catégories de victimes que les recours internes et que, si ses tribunaux internes n'avaient pas refusé l'immunité, les victimes de crimes de guerre n'auraient disposé d'aucun autre recours pour obtenir réparation<sup>317</sup>. Dans ses observations sur la réponse écrite de l'Allemagne à ma question, l'Italie affirme en outre que les arguments de l'Allemagne démontrent clairement que de nombreuses victimes italiennes de crimes de guerre n'ont eu droit à aucune réparation, puisque l'Allemagne justifie son refus de les indemniser en soutenant que la clause de renonciation contenue dans l'article 77 du traité de paix de 1947 l'a exonérée de son obligation<sup>318</sup>. L'Alle-

<sup>313</sup> L'Italie conteste l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était «global». Elle fait valoir que l'Allemagne elle-même, tant dans ses écritures que dans ses plaidoiries, admet n'avoir indemnisé que «partiellement» les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle ajoute que l'accord de 1961 ne prévoyait que l'indemnisation des victimes de persécution. Elle estime donc que l'assertion selon laquelle le régime de réparation était «global» ne peut être tenue pour exacte, en particulier en ce qui concerne les victimes italiennes de crimes de guerre. Observations de l'Italie sur la réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 1-2.

<sup>314</sup> Réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 3.

<sup>315</sup> Réponse écrite de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 12.

<sup>316</sup> *Op. cit. supra* note 315, p. 12-13.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> Observations de l'Italie sur la réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 2.

did not contest Italy's clear assertion that "[n]one of the categories of victims referred to in the cases underlying the present dispute has received reparation"<sup>319</sup>; in its comments to Italy's response to my question, Germany had an opportunity to rebut this statement and set the record straight. Yet, it remained silent to this strong statement<sup>320</sup>, and this should not pass unnoticed.

278. As already indicated, the question of whether reparations have or have not been paid has to be assessed in light of the records before the Court; both Parties have been given ample opportunity to clarify this issue in their written and oral proceedings. They have further been requested by me to provide a clear answer to a simple factual question. Italy did so; Germany evaded this question, arguing that the issue of reparations is excluded from the present dispute by virtue of the Court's Order of 6 July 2010 (counter-claim). This is far from convincing; had it provided a clear answer to my question, it would have assisted the Court to clarify further this factual question. On the basis of the foregoing, it appears, from the materials submitted by the contending Parties, together with their submissions, that the specific victims referred to in Italy's recent case law have not in fact received reparation.

279. In conclusion on the matter at issue, the records before the Court show that Italy has repeatedly claimed in the present proceedings that none of the victims referred to in Italy's recent case law received reparation. This is its basic argument, on which its case rests. Germany had ample opportunity, in its written and oral submissions, as well as in its responses and further comments to the questions I put to both contending Parties (*supra*), to rebut this argument. It did not provide evidence of reparation made to these specific victims, and, instead, limited its arguments to general references of payments, while admitting that "Italian military internees" were left outside the scope of the scheme of the "Remembrance, Responsibility and Future" Foundation.

280. In sum, and as already indicated, on the basis of an expert opinion (by C. Tomuschat), Germany did not make reparation to Italian prisoners of war used as forced labourers ("Italian military internees") through the Foundation. It resorted to an appraisal which led to a treatment of those victims that incurs, in my understanding, into a double injustice to them: first, when they could have benefited from the rights attached to the status of prisoners of war, such status was denied to them; and secondly, now that they seek reparation for violations of international humanitarian law of which they were victims (including the viola-

<sup>319</sup> Written Response of Italy to the Questions Put by (. . .) Judge Cançado Trindade (. . .) at the End of the Public Sitting Held on 16 September 2011, p. 9.

<sup>320</sup> Comments of Germany on Italy's Written Reply to the Question Put by (. . .) Judge Cançado Trindade and on Greece's Written Reply to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the Public Sitting Held on 16 September 2011, pp. 1-2.

magne n'a pas contesté l'assertion claire de l'Italie selon laquelle «[a]ucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires qui sont à l'origine du présent différend n'a reçu d'indemnisation»<sup>319</sup> ; dans ses observations sur la réponse de l'Italie à ma question, l'Allemagne avait la possibilité de réfuter cette affirmation pour rétablir les faits. Or, elle est restée muette sur cette affirmation catégorique<sup>320</sup>, et cela mérite de retenir l'attention.

278. Comme je l'ai déjà indiqué, la question de savoir si des réparations ont ou non été versées doit être évaluée à la lumière du dossier de la Cour ; de larges possibilités ont été données aux parties de clarifier cette question dans leurs écritures et leurs plaidoiries. Je les ai en outre priées de répondre clairement à une question factuelle simple. L'Italie l'a fait ; l'Allemagne a éludé la question, faisant valoir que la question des réparations était exclue du présent différend par l'effet de l'ordonnance rendue par la Cour le 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle). Cela est loin d'être convaincant ; si l'Allemagne avait répondu clairement à ma question, elle aurait aidé la Cour à clarifier encore cette question factuelle. Sur la base de ce qui précède, il ressort des pièces produites par les Parties et de leurs écritures que les victimes spécifiques visées dans la jurisprudence italienne récente n'ont pas en fait reçu de réparations.

279. Pour conclure sur cette question, le dossier de la Cour montre que l'Italie a affirmé à maintes reprises lors de la présente procédure qu'aucune des victimes visées dans la jurisprudence italienne récente n'avait reçu de réparations. Il s'agit là d'un argument fondamental, sur lequel repose la thèse de l'Italie. L'Allemagne a eu largement la possibilité, dans ses écritures et ses plaidoiries ainsi que dans ses réponses aux questions que j'ai posées aux Parties (*supra*), de même que dans ses observations relatives à ces réponses, de réfuter cet argument. Elle n'a pas produit d'éléments attestant qu'une réparation avait été versée à ces victimes spécifiques et s'est contentée de références générales à des paiements, tout en admettant que les «internés militaires italiens» étaient exclus du régime de réparation de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir».

280. En résumé, comme je l'ai déjà indiqué, l'Allemagne, en se fondant sur l'avis d'un expert (C. Tomuschat), n'a pas accordé de réparations par l'intermédiaire de la fondation aux prisonniers de guerre italiens utilisés comme travailleurs forcés (les «internés militaires italiens»). Elle a recouru à une évaluation qui l'a amenée à traiter ces victimes d'une manière qui selon moi aboutit à une double injustice. Premièrement, quand ils auraient pu bénéficier des droits attachés au statut de prisonniers de guerre, ce statut leur a été dénié ; et deuxièmement, maintenant qu'ils demandent réparation pour les violations du droit international humanitaire dont ils ont été vic-

<sup>319</sup> Réponse écrite de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 12.

<sup>320</sup> Observations de l'Allemagne sur la réponse écrite de l'Italie à la question posée par M. le juge Cançado Trindade à l'audience publique tenue le 16 septembre 2011, p. 1-2.

tion of denying them the status of prisoners of war), they are seen to be treated as prisoners of war.

281. It is regrettably too late to consider them prisoners of war (and, worse still, to deny them reparation): they should be so considered during the Second World War and in its immediate aftermath (for the purpose of protection), but they were not. These are the uncontested and the distressing facts. On the basis of the foregoing, it can thus at last be concluded, on the basis of the records before the Court, that many victims of Nazi Germany's grave violations of human rights and of international humanitarian law have in fact been left without reparation.

## XXV. THE IMPERATIVE OF PROVIDING REPARATION TO INDIVIDUAL VICTIMS OF GRAVE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

### 1. *The Realization of Justice as a Form of Reparation*

282. In my understanding, it is imperative that reparation is provided to the individual victims of the grave violations of human rights and of international humanitarian law at issue in the *cas d'espèce*. The individual victim's right to reparation is ineluctably linked to the grave violations of human rights and of international humanitarian law that they suffered. In the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, the contending claims of war reparations and State immunities could not at all have been dissociated, and certainly not at all in the way they were by the Court's Order of 6 July 2010, summarily dismissing the Italian counter-claim. That decision was taken by the Court (with my firm dissent), without a public hearing, and on the basis of two succinct paragraphs (28 and 29) containing, each of them, a *petitio principii*, simply begging the question<sup>321</sup>.

283. Notwithstanding, as I have pointed out in the present dissenting opinion (paras. 18-23 *supra*), the contending Parties, Germany and Italy, kept on referring to the factual and historical background of the *cas d'espèce*, in advancing their opposite views on State immunities. This was not surprising, as claims of State immunities and war reparations, in the circumstances of the present case, go inevitably together, as the two faces of the same coin. This is one of the many lessons to be extracted from the present case. Its factual background confirms that, whenever a State sought to stand above the law, abuses were committed against human

<sup>321</sup> Cf. *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, I.C.J. Reports 2012 (I), separate opinion of Judge Cançado Trindade, p. 91, para. 111.

times (y compris la violation consistant à leur dénier le statut de prisonniers de guerre), ils se voient traités comme des prisonniers de guerre.

281. Il est malheureusement trop tard pour les considérer comme des prisonniers de guerre (et, pire encore, pour leur refuser réparation): ils auraient dû être considérés ainsi durant la seconde guerre mondiale et dans la période qui a immédiatement suivi (aux fins de protection), mais ils ne l'ont pas été. Tels sont les faits, incontestés et bouleversants. Sur la base de ce qui précède, on peut donc enfin conclure, à partir du dossier de la Cour, que de nombreuses victimes des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie n'ont en fait pas été indemnisées.

XXV. L'IMPÉRATIF D'ACCORDER RÉPARATION AUX VICTIMES  
INDIVIDUELLES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME  
ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

1. *La réalisation de la justice en tant que forme de réparation*

282. Selon moi, il est impératif d'accorder réparation aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en cause dans la présente espèce. Le droit à réparation de la victime individuelle est inéluctablement lié aux violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire dont elle a souffert. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, les invocations concurrentes du droit à des réparations de guerre et des immunités de l'Etat n'auraient pas du tout dû être dissociées, et assurément pas de la manière dont elles l'ont été par la Cour dans son ordonnance du 6 juillet 2010 rejetant sommairement la demande reconventionnelle italienne. Cette décision a été prise par la Cour (avec ma vigoureuse opinion dissidente) sans tenir d'audience publique sur le fondement de deux paragraphes succincts (28 et 29) contenant chacun une *petitio principii*, une simple pétition de principe<sup>321</sup>.

283. Néanmoins, comme je l'ai souligné dans la présente opinion dissidente (par. 18-23 *supra*), les Parties, l'Allemagne et l'Italie, ont continué à évoquer le contexte factuel et historique de la présente affaire, formulant leurs arguments opposés sur les immunités de l'Etat. Ce n'est pas surprenant, car les demandes concernant les immunités de l'Etat et les réparations de guerre sont, dans les circonstances de la présente espèce, inévitablement liées comme les deux faces d'une même médaille. C'est l'une des nombreuses leçons à tirer de la présente affaire. Son contexte factuel confirme que, chaque fois qu'un Etat veut se placer au-dessus de la loi, des abus sont

<sup>321</sup> Voir *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, p. 91, par. 111.

beings<sup>322</sup>, including grave violations of human rights and of international humanitarian law.

284. The *rule of law* (*état de droit*) implies restrictions imposed upon the power of the State by the law, as no State stands above this latter; the rule of law seeks to preserve and guarantee certain fundamental values, in the line of natural law thinking. Whenever those values are forgotten, in the mounting of a State apparatus of oppression leading to systematic and grave violations of human rights and of international humanitarian law, law reacts. And the *realization of justice*, which takes place also to put an end to impunity, in my view constitutes by itself a relevant form of reparation (satisfaction) to the victims.

## 2. *Reparation as the Reaction of Law to Grave Violations*

285. It indeed resembles a reaction of the law to the extreme violence victimizing human beings. We enter here into the domain of *jus cogens* (cf. *infra*); law reacts to assert its primacy over brute force, to seek to regulate human relations according to the precepts of the *recta ratio* (of natural law), and to mitigate human suffering. Hence the imperative of having justice done, and of providing reparation to the victims. In his work *L'Ordinamento Giuridico* (originally published in 1918), the Italian jusphilosopher Santi Romano sustained that sanction is not circumscribed to specific legal norms, but is rather immanent to the juridical order as a whole, operating as an “effective guarantee” of all the subjective rights set forth therein<sup>323</sup>. In face of the acts of extreme violence victimizing human beings, violating fundamental rights inherent to them, the legal order (national and international) reacts, so as to secure the primacy of justice and to render viable the reparation (satisfaction) to the victims.

286. I had the occasion, one decade ago, to dwell upon this particular point, in the adjudication of a case in another international jurisdiction (the IACtHR). I then pointed out that the law, emanating ultimately from human conscience and moved on by this latter, comes to provide the *reparatio* (from the Latin term *reparare*, “to dispose again”); and law intervenes, moreover, to guarantee the non-repetition of the harmful acts<sup>324</sup>. The *reparatio* does not put an end to the human rights violations already perpetrated<sup>325</sup>, but it at least avoids the aggravation of the harm already done (by the indifference of the social milieu, by impunity or by oblivion).

<sup>322</sup> E. Cassirer, *El Mito del Estado*, *op. cit. supra* note 191, pp. 311-319; A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2nd ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 314-315.

<sup>323</sup> Santi Romano, *L'ordre juridique* (transl., 2nd ed.), Paris, Dalloz, 2002 (reed.), p. 16.

<sup>324</sup> IACtHR, case *Bulacio v. Argentina* (judgment of 18 September 2003), separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 35.

<sup>325</sup> Human capacity of both promoting the common good and to commit evil has not ceased to attract the attention of human thinking throughout the centuries; cf., e.g., F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, *op. cit. supra* note 253, pp. 5-412.

commis contre des êtres humains<sup>322</sup>, notamment des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

284. *L'état de droit* implique des restrictions imposées au pouvoir de l'Etat par le droit, car aucun Etat n'est au-dessus de celui-ci ; l'état de droit vise à préserver et garantir certaines valeurs fondamentales, conformément à la doctrine du droit naturel. Lorsque ces valeurs sont oubliées dans l'édification d'un appareil étatique d'oppression aboutissant à des violations systématiques et graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, le droit réagit. Et la *réalisation de la justice*, qui intervient aussi pour mettre un terme à l'impunité, constitue selon moi en elle-même une forme pertinente de réparation (satisfaction) au profit des victimes.

## 2. La réparation en tant que réaction du droit aux violations graves

285. Elle ressemble effectivement à une réaction du droit à la violence extrême s'abattant sur des êtres humains. Nous entrons ici dans le domaine du *ius cogens* (voir *infra*) ; le droit réagit pour affirmer sa primauté sur la force brutale, pour essayer de réguler les relations humaines selon les préceptes de la *recta ratio* (du droit naturel) et pour atténuer les souffrances humaines. D'où l'impératif que justice soit faite et d'accorder une réparation aux victimes. Dans son ouvrage *L'Ordinamento Giuridico* (initialement publié en 1918), le philosophe du droit italien Santi Romano soutenait que la sanction n'était pas circonscrite à des formes juridiques spécifiques mais était immanente à l'ordre juridique dans son ensemble, opérant comme une «garantie effective» de tous les droits subjectifs existant dans cet ordre<sup>323</sup>. Face à des actes d'une violence extrême dont sont victimes des êtres humains, et qui violent les droits fondamentaux qui leur sont inhérents, l'ordre juridique (national et international) réagit afin d'assurer la primauté de la justice et de permettre la réparation (satisfaction) au bénéfice des victimes.

286. J'ai eu l'occasion, il y a une décennie, de me pencher sur ce point particulier lors du jugement d'une affaire par une autre juridiction internationale (la CIADH). J'ai fait observer à cette occasion que le droit, qui émane en dernière analyse de la conscience humaine qui le fait évoluer, est là pour accorder la *reparatio* (du latin *reparare*, «préparer de nouveau») ; et le droit intervient en outre pour garantir la non-répétition des actes dommageables<sup>324</sup>. La *reparatio* ne met pas fin aux violations des droits de l'homme déjà commises<sup>325</sup>, mais au moins elle évite l'aggravation (par l'indifférence du milieu social, par l'impunité ou par l'oubli) du mal déjà fait.

<sup>322</sup> E. Cassirer, *El Mito del Estado*, op. cit. supra note 191, p. 311-319 ; A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2<sup>e</sup> éd., Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 314-315.

<sup>323</sup> Santi Romano, *L'ordre juridique* (trad., 2<sup>e</sup> éd.), Paris, Dalloz, 2002 (rééd.), p. 16.

<sup>324</sup> CIADH, affaire *Bulacio c. Argentine*, arrêt du 18 septembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 35.

<sup>325</sup> La capacité de l'homme de promouvoir le bien commun comme de commettre le mal n'a pas cessé d'attirer l'attention des penseurs tout au long des siècles ; voir par exemple F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, p. 9-196 ; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, op. cit. supra note 253, p. 5-412.

287. Under this outlook, the *reparatio* is endowed, in my understanding, with a double meaning, as I stated on that occasion, namely:

“it provides satisfaction (as a form of reparation) to the victims, or their relatives, whose rights have been violated, at the same time that it re-establishes the legal order broken by such violations — a legal order erected on the full respect for the rights inherent to the human person. The legal order, thus re-established, requires the guarantee of non-repetition of the harmful acts (. . .).

The *reparatio* disposes again, reorganizes the life of the victimized survivors, but it does not manage to eliminate the pain which is already ineluctably incorporated to their day-to-day existence. The loss is, from this angle, rigorously irreparable. Yet, the *reparatio* is an inescapable duty of those who have the responsibility to impart justice. In a stage of greater development of human conscience, and thus of law itself, it is beyond doubt that the realization of justice overcomes every and any obstacle, including those ensuing from the abusive exercise of rules or institutes of positive law, thus rendering *imprescriptible* the grave breaches of human rights (. . .). The *reparatio* is a reaction, at the level of the law, to human cruelty, manifested in the most diverse forms: the violence in the treatment of fellow human beings *semejantes*, the impunity of those responsible on the part of the public power, the indifference and oblivion of the social milieu.

This reaction of the broken legal order (the *substratum* of which is precisely the observance of human rights) is moved, ultimately, by the spirit of human solidarity (. . .). The reparation, thus understood, encompassing, in the framework of the realization of justice, the satisfaction to the victims (or their relatives) and the guarantee of non-repetition of the harmful acts, (. . .) is endowed with undeniable importance. The rejection of the indifference and oblivion, and the guarantee of non-repetition of the violations, are manifestations of the links of solidarity between those victimized and those who can be so, in the violent world, devoid of values, wherein we live. This is, ultimately, an eloquent expression of the links of solidarity that unite the living to their dead<sup>326</sup>. (. . .)”<sup>327</sup>

#### XXVI. THE PRIMACY OF *JUS COGENS*: A REBUTTAL OF ITS DECONSTRUCTION

288. This leads me to my last line of considerations. In the present dissenting opinion, I have already expressed my firm opposition to the pos-

<sup>326</sup> On these links of solidarity, cf. my separate opinions in the case *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (judgments of the IACtHR on the merits, of 25 November 2000, and on reparations, of 22 February 2002).

<sup>327</sup> IACtHR, case *Bulacio v. Argentina* (judgment of 18 September 2003), separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 36 and 38-40.

287. Dans cette perspective, la *reparatio* revêt selon moi une double signification que j'ai définie en cette occasion :

«elle donne satisfaction (comme forme de réparation) aux victimes, ou aux membres de leur famille, dont les droits ont été violés, et dans le même temps rétablit l'ordre juridique rompu par ces violations, un ordre juridique édifié dans le respect intégral des droits inhérents à la personne humaine. L'ordre juridique, ainsi rétabli, exige la garantie de la non-répétition des actes dommageables...

La *reparatio* redispose, réorganise la vie des survivants victimisés, mais elle ne réussit pas à éliminer la souffrance qui a déjà été inévitablement incorporée à leur existence quotidienne. La perte est, de ce point de vue, rigoureusement irréparable. Pourtant, la *reparatio* constitue une obligation à laquelle ceux qui ont la responsabilité de faire justice ne peuvent se soustraire. A un stade avancé du développement de la conscience humaine, et donc du droit lui-même, il n'est pas douteux que la réalisation de la justice surmonte tous les obstacles, y compris ceux qui découlent de l'invocation abusive de règles ou institutions du droit positif, rendant ainsi *imprescriptibles* les violations graves des droits de l'homme... La *reparatio* est une réaction, au niveau du droit, à la cruauté humaine, qui se manifeste sous les formes les plus diverses: la violence dans le traitement d'êtres humains *semejantes*, l'impunité dont bénéficient les responsables de la part des pouvoirs publics, l'indifférence et l'oubli du milieu social.

Cette réaction de l'ordre juridique rompu (dont le *substratum* est précisément le respect des droits de l'homme) est suscitée, en dernière analyse, par l'esprit de solidarité humaine... La réparation, ainsi comprise, qui inclut, dans le cadre de la réalisation de la justice, la satisfaction accordée aux victimes (ou aux membres de leur famille) et la garantie de non-répétition des actes dommageables ... revêt une importance indéniable. Le rejet de l'indifférence et de l'oubli, et la garantie de la non-répétition des violations, sont des manifestations des liens de solidarité entre ceux qui ont été victimisés et ceux qui peuvent l'être, dans le monde violent, dépourvu de valeurs, dans lequel nous vivons. Cela constitue en dernière analyse une expression éloquente des liens de solidarité qui unissent les vivants à leurs morts<sup>326</sup> ... »<sup>327</sup>

#### XXVI. LA PRIMAUTÉ DU *JUS COGENS*: UNE RÉFUTATION DE SA DÉCONSTRUCTION

288. Cela m'amène à ma dernière série de considérations. Dans la présente opinion dissidente, j'ai déjà exprimé ma ferme opposition à la pos-

<sup>326</sup> Sur ces liens de solidarité, voir mes opinions individuelles dans l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêts de la CIADH sur le fond du 25 novembre 2000 et sur les réparations du 22 février 2002.

<sup>327</sup> CIADH, affaire *Bulacio c. Argentine*, arrêt du 18 septembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 36 et 38-40.

ture of stagnation in respect of *jus cogens* whenever claims of State immunity are at stake (paras. 224-227 *supra*). In fact, in this and other respects (methodology, approach adopted and pursued, reasoning, conclusions), there seems to be an abyss separating my own position from that of the Court's majority in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. In laying the foundations of my own personal position on the issues dealt with in the present Judgment, may I now concentrate my dissenting opinion, at last, on one point which is particularly dear to me: the consolidation and primacy of *jus cogens* in international law. In effect, without the primacy of *jus cogens*, international law would have a grim future. I could not accept that, as all hope for a better future would then vanish.

289. I am a surviving Judge from the painful international adjudication of a cycle of cases of massacres that recently reached a contemporary international tribunal, the IACtHR, during which I was in contact with the most somber side of human nature. Now that those cases have been decided, and belong to the history of contemporary international law (and in particular the international law of human rights), I have organized my memories of that experience<sup>328</sup>, so that present and future generations of scholars of the law of nations (*droit des gens*) may perhaps benefit from the lessons I have extracted therefrom. It is not my intention to recollect those lessons in the present dissenting opinion, but only and briefly to refer to them and to point out that, in my view, one cannot approach cases of the kind involving grave breaches of human rights and of international humanitarian law — without close attention to *fundamental human values*. Unlike what legal positivism assumes, law and ethics go ineluctably together, and this should be kept in mind for the faithful realization of justice, at national and international levels.

290. The invocation of “elementary considerations of humanity”<sup>329</sup> cannot be rhetorical, failing to guard coherence in not anticipating nor addressing the consequences of the application of those considerations in practice. Moreover, one should not pursue a very restrictive view of *opinio juris*<sup>330</sup>, reducing it to the subjective component of custom and distancing it from the general principles of law, up to a point of not taking account of it at all<sup>331</sup>. In the present case, the “acts committed on the

---

<sup>328</sup> A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *op. cit. supra* note 256, pp. 1-340; and cf. also A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10 November 2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A. A. Cançado Trindade, “Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte”, 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010), pp. 629-699, esp. pp. 695-699.

<sup>329</sup> Cf. Judgment, para. 52.

<sup>330</sup> Cf. *ibid.*, para. 55.

<sup>331</sup> Cf. *ibid.*, para. 78.

ture de stagnation adoptée en ce qui concerne le *jus cogens* chaque fois que l'immunité de l'Etat est invoquée (par. 224-227 *supra*). En fait, à cet égard comme à d'autres (méthodologie, approche adoptée et suivie, raisonnement et conclusions), il semble y avoir un abîme entre ma propre position et celle de la majorité de la Cour dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. J'ai exposé les fondements de ma position personnelle sur les questions envisagées dans le présent arrêt, mais je souhaiterais maintenant axer mon opinion dissidente, enfin, sur un point qui m'est particulièrement cher : la consolidation et la primauté du *jus cogens* en droit international. En effet, sans la primauté du *jus cogens*, l'avenir du droit international serait bien sombre. Je ne pourrais l'accepter, car alors tout espoir d'un avenir meilleur disparaîtrait.

289. Je suis un juge survivant de l'exercice douloureux de la fonction judiciaire internationale dans une série d'affaires de massacres récemment portées devant une juridiction internationale contemporaine, la CIDH, qui ont pour moi été l'occasion d'être en contact avec la part la plus sombre de la nature humaine. Maintenant que ces affaires ont été tranchées et appartiennent à l'histoire du droit international contemporain (et en particulier du droit international des droits de l'homme), j'ai organisé mes souvenirs de cette expérience<sup>328</sup>, afin que les générations présentes et futures de publicistes (les spécialistes du droit des gens) puissent peut-être bénéficier des enseignements que j'en ai tirés. Je n'ai pas l'intention de rappeler ces enseignements dans la présente opinion dissidente, mais seulement de m'y référer brièvement pour faire observer que, selon moi, on ne peut envisager des affaires concernant des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sans accorder l'attention qu'elles méritent aux *valeurs fondamentales de l'humanité*. Contrairement à ce que suppose le positivisme juridique, le droit et l'éthique sont indissolublement liés, et il ne faut pas l'oublier pour réaliser fidèlement la justice aux niveaux national et international.

290. L'invocation des « considérations élémentaires d'humanité »<sup>329</sup> ne peut être que rhétorique, et manquer de cohérence en n'anticipant et n'envisageant pas les conséquences de l'application de ces considérations en pratique. De plus, il ne faut pas adopter une vue très restrictive de l'*opinio juris*<sup>330</sup>, en la réduisant à l'élément subjectif de la coutume et en l'éloignant des principes généraux du droit au point de n'en pas du tout tenir compte<sup>331</sup>. Dans la présente espèce, « les actes commis, sur le territoire de

<sup>328</sup> A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. *supra* note 256, p. 1-340 ; voir aussi A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (allocution inaugurale du 10 novembre 2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, p. 1-71 ; A. A. Cançado Trindade, « Die Entwicklung des inter-amerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 70 (2010), p. 629-699, en particulier p. 695-699.

<sup>329</sup> Voir arrêt, par. 52.

<sup>330</sup> Voir *ibid.*, par. 55.

<sup>331</sup> Voir *ibid.*, par. 78.

territory of the forum State by the armed forces of a foreign State”<sup>332</sup> (as the Court depicts them), are “acts” the illegality of which has been recognized by the responsible State itself, Germany, “at all stages of the proceedings”<sup>333</sup> of the present case. They are not *acta jure imperii*<sup>334</sup>, as the Court repeatedly characterizes them; they are unlawful acts, *delicta imperii*, atrocities, international crimes of the utmost gravity, engaging the responsibility of the State and of the individuals that perpetrated them. The traditional distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*, as I have already indicated, is immaterial here, in a case of the gravity of the present one.

291. The principle of the sovereign equality of States is indeed a fundamental principle applicable at the level of *inter-State* relations<sup>335</sup>; had it been duly observed, those atrocities or international crimes would not have occurred in the way and at the time they did (in 1943-1945). In any case, that principle is not the *punctum pruriens* here, as we are concerned in the *cas d’espèce* with atrocities or international crimes committed at *intra-State* level. The central principles at issue here are, in my perception, the principle of humanity and the principle of human dignity. State immunity cannot, in my view, be unduly placed<sup>336</sup> above State responsibility for international crimes and its ineluctable complement, the responsible State’s duty of reparation to the victims.

292. As already indicated, the *jurisprudence constante* of the Hague Court (PCIJ and ICJ) upholds the understanding that, as a matter of principle, a violation of international law and the corresponding duty of providing reparation form an *indissoluble whole*, so as to make the consequences thereof cease. State immunities cannot be made to operate, as in the present Judgment, like thunder coming out of a dark storm (the social cataclysm of the Second World War) and falling upon that indissoluble whole, dismantling it altogether. As I have further also indicated, State immunity is not a right but rather a prerogative or privilege; it cannot be upheld in a way that leads to manifest injustice.

293. In order to try to justify the upholding of State immunity even in the circumstances of the *cas d’espèce*, the Court’s majority pursues an empirical factual exercise of identifying the incongruous case law of national courts and the inconsistent practice of national legislations on the subject-matter at issue. This exercise is characteristic of the methodology of legal positivism, over-attentive to facts and oblivious of values. Be that as it may, even in its own outlook, the examination of national courts decisions, in my view, is not at all conclusive for upholding State immunity in cases of international crimes.

<sup>332</sup> Cf. Judgment, para. 65.

<sup>333</sup> Cf. *ibid.*, para. 60.

<sup>334</sup> Cf. *ibid.*, para. 60 and cf. also paras. 61-65, 72 and 77.

<sup>335</sup> Cf. *ibid.*, para. 57.

<sup>336</sup> Cf. *ibid.*, paras 90 and 106.

l'Etat du for, par les forces armées d'un Etat étranger»<sup>332</sup> (comme la Cour les dépeint) sont des «actes» dont l'illégalité a été reconnue par l'Etat responsable lui-même, l'Allemagne, «à toutes les étapes de la procédure»<sup>333</sup> dans la présente affaire. Il ne s'agit pas d'*acta jure imperii*<sup>334</sup>, comme la Cour les qualifie à maintes reprises ; il s'agit d'actes illicites, de *delicta imperii*, d'atrocités, de crimes internationaux de la pire gravité, engageant la responsabilité de l'Etat et des individus qui les ont commis. La distinction traditionnelle entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, comme je l'ai déjà indiqué, est dénuée de pertinence dans une affaire aussi grave que la présente affaire.

291. Le principe de l'égalité souveraine des Etats est effectivement un principe fondamental applicable au niveau des relations *inter-étatiques*<sup>335</sup> : eût-il été dûment observé, ces atrocités ou crimes internationaux n'auraient pas été commis de la manière et à l'époque où ils l'ont été (en 1943-1945). Quoi qu'il en soit, ce principe n'est pas le *punctum pruriens* car en l'espèce nous avons affaire à des atrocités ou crimes internationaux commis au niveau *intra-étatique*. Les principes fondamentaux en cause sont ici, selon moi, le principe d'humanité et le principe de la dignité humaine. J'estime que l'immunité de l'Etat ne peut être indûment placée<sup>336</sup> au-dessus de la responsabilité de l'Etat à raison de crimes internationaux et son corollaire inéluctable, l'obligation de l'Etat responsable d'indemniser les victimes.

292. Comme je l'ai déjà indiqué, la jurisprudence constante de la Cour de La Haye (la CPJI et la CIJ) confirme que, par principe, une violation du droit international et l'obligation correspondante de réparer forment un *tout indissoluble*, de telle manière que l'immunité est privée d'effets. On ne peut faire opérer les immunités de l'Etat, comme dans le présent arrêt, tel un coup de tonnerre au milieu d'une tempête violente (le cataclysme sociétal de la seconde guerre mondiale) qui tomberait sur ce tout indissoluble en le démantelant. Comme je l'ai également indiqué, l'immunité de l'Etat n'est pas un droit, c'est une prérogative ou un privilège ; elle ne peut être retenue d'une manière qui aboutisse à une injustice manifeste.

293. Afin de justifier la confirmation de l'immunité de l'Etat jusque dans les circonstances de la présente espèce, la majorité de la Cour se livre à un exercice factuel empirique consistant à recenser la jurisprudence incongrue de tribunaux internes et la pratique incohérente des législations nationales sur la question en cause. Cet exercice est caractéristique des méthodes du positivisme juridique, qui accorde une attention exagérée aux faits pour oublier les valeurs. Quoi qu'il en soit, même considéré en lui-même, l'examen des décisions des tribunaux internes n'est à mes yeux pas du tout concluant s'agissant de confirmer l'immunité de l'Etat en cas de crimes internationaux.

<sup>332</sup> Voir arrêt, par. 65.

<sup>333</sup> Voir *ibid.*, par. 60.

<sup>334</sup> Voir *ibid.*, par. 60, de même que par. 61-65, 72 et 77.

<sup>335</sup> Voir *ibid.*, par. 57.

<sup>336</sup> Voir *ibid.*, par. 90 et 106.

294. As to national legislations, pieces of sparse legislation in a handful of States<sup>337</sup>, in my view, cannot withhold the lifting of State immunity in cases of grave violations of human rights and of international humanitarian law. Such positivist exercises are leading to the fossilization of international law, and disclosing its persistent underdevelopment, rather than its progressive development, as one would expect. Such undue methodology is coupled with inadequate and unpersuasive conceptualizations, of the kind so widespread in the legal profession, such as, *inter alia*, the counterpositions of “primary” to “secondary” rules, or of “procedural” to “substantive” rules<sup>338</sup>, or of obligations of “conduct” to those of “result”. Words, words, words . . . Where are the values?

295. At times, resorting to conceptualizations of the kind may lead to manifest injustice, as in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. Once again the Court resorts to the counterposition between procedural law (where it situates immunity, as it did in its earlier judgment of 2002 in the *Arrest Warrant of 11 April 2000* case, opposing the Democratic Republic of the Congo to Belgium) and substantive law<sup>339</sup>. To me, the separation between procedural and substantive law is not ontologically nor deontologically viable: *la forme conforme le fond*. Legal procedure is not an end in itself, it is a means to the realization of justice. And the application of substantive law is *finaliste*, it purports to have justice done.

296. In the present Judgment, the Court’s majority starts from the wrong assumption that no conflict exists, or can exist, between the substantive “rules of *jus cogens*” (imposing the prohibitions of “the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour”) and the procedural “rules of State immunity”<sup>340</sup>. This tautological assumption leads the Court to its upholding of State immunity even in the grave circumstances of the present case. There is thus a material conflict, even though a formalist one may not be discernible. The fact remains that a conflict does exist, and the Court’s reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of *jus cogens*, depriving this latter of its effects and legal consequences.

297. This is not the first time that this happens; it has happened before, e.g., in the last decade, in the Court’s Judgments in the cases of the *Arrest Warrant* (2002) and of the *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* (2006), recalled by the Court with approval in the present Judgment<sup>341</sup>. It is high time to give *jus cogens* the attention it requires and deserves. Its deconstruction, as in the present case, is to the detriment not only of the individual victims of

<sup>337</sup> Cf. Judgment, para. 88.

<sup>338</sup> Cf. *ibid.*, paras. 58 and 100.

<sup>339</sup> *I.C.J. Reports 2002*, p. 3. And cf. Judgment, para. 58.

<sup>340</sup> Cf. Judgment, para. 93 and cf. also para. 95.

<sup>341</sup> Cf. *ibid.*, para. 95.

294. Quant aux législations nationales, de rares dispositions législatives dans une poignée d'États<sup>337</sup> ne sauraient selon moi empêcher de refuser l'immunité dans les cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Telles sont les manifestations du positivisme qui aboutissent à une fossilisation du droit international et révèlent son sous-développement persistant, et non son développement progressif comme on pourrait l'espérer. Cette méthodologie induite est associée à des conceptualisations inadéquates et peu persuasives du type de celles qui sont si répandues dans les professions juridiques, comme l'opposition des règles «primaires» aux règles «secondaires», des règles «procédurales» aux règles «matérielles»<sup>338</sup>, ou des obligations de «comportement» à celles de «résultat». Des mots, des mots, des mots... Où sont les valeurs?

295. Le recours à des conceptualisations de ce type peut parfois aboutir à une injustice manifeste, comme dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Une fois encore la Cour oppose le droit procédural (dans lequel elle situe l'immunité, comme elle l'a fait dans son arrêt de 2002 en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui opposait la République démocratique du Congo à la Belgique) et le droit matériel<sup>339</sup>. Selon moi, la distinction entre droit procédural et droit matériel n'est viable ni ontologiquement ni déontologiquement: la forme conforme le fond. La procédure judiciaire n'est pas une fin en soi, c'est un moyen de réaliser la justice. Et l'application du droit matériel est finaliste, elle vise à faire justice.

296. Dans le présent arrêt, la majorité de la Cour part de l'hypothèse erronée selon laquelle il n'existe ou ne peut exister de conflit entre les «règles [matérielles] du *jus cogens*» (qui interdisent «de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé») et «celles qui régissent l'immunité de l'Etat», des règles procédurales<sup>340</sup>. Cette hypothèse tautologique amène la Cour à confirmer l'immunité de l'Etat même dans les graves circonstances de la présente affaire. Il y a ainsi un conflit de fond, même si un conflit formel ne peut être discerné. Le fait demeure qu'un conflit existe bien, et le raisonnement de la Cour aboutit à ce que je considère comme une destruction infondée du *jus cogens*, qui prive ce dernier de ses effets et de ses conséquences juridiques.

297. Ce n'est pas la première fois que cela se produit; c'est déjà arrivé, par exemple au cours de la dernière décennie dans les arrêts que la Cour a rendus dans les affaires du *Mandat d'arrêt* (2002) et des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)* (2006), rappelés avec approbation par la Cour dans le présent arrêt<sup>341</sup>. Il est grand temps d'accorder au *jus cogens* l'attention qu'il appelle et mérite. Sa déconstruction, comme dans la présente affaire,

<sup>337</sup> Voir arrêt, par. 88.

<sup>338</sup> Voir *ibid.*, par. 58 et 100.

<sup>339</sup> *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3. Et voir arrêt, par. 58.

<sup>340</sup> Voir arrêt, par. 93, de même que par. 95.

<sup>341</sup> Voir *ibid.*, par. 95.

grave violations of human rights and of international humanitarian law, but also of contemporary international law itself. In sum, in my understanding, there can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities.

298. State immunities cannot keep on being approached in the light of an atomized or self-sufficient outlook (contemplating State immunities in a void), but rather pursuant to a comprehensive view of contemporary international law as a whole, and its role in the international community. International law cannot be frozen by continued and prolonged reliance on omissions of the past, either at normative level (e.g., in the drafting of the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property), or at judicial level (e.g., the majority decision of the ECHR [Grand Chamber] in the *Al-Adsani* case, 2001, and of this Court in the present case), already pointed out. The assertion by the Court, in the present Judgment, that, analogically, there is nothing “inherent in the concept of *jus cogens*” which would require the modification, or displace the application, of rules determining the scope and extent of jurisdiction<sup>342</sup>, simply begs the question: it requires persuasive demonstration, not provided to date.

299. The Court cannot, by its decisions, remain indifferent to, or oblivious of, the enormous suffering of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law; it cannot remain over-attentive to the apparent sensitivities of States, to the point of conniving at denial of justice, by unduly ascribing to State immunities an absolute value. Quite on the contrary, the individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress. State immunity is not supposed to operate as a bar to jurisdiction in circumstances such as those prevailing in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. It is not to stand in the way of the *realization of justice*. The pursuit of justice is to be preserved as the ultimate goal; securing justice to victims encompasses, *inter alia*, enabling them to seek and obtain redress for the crimes they suffered. *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity.

## XXVII. A RECAPITULATION: CONCLUDING OBSERVATIONS

300. From all the preceding considerations, it is crystal clear that my own position, in respect of all the points which form the object of the pres-

<sup>342</sup> Cf. Judgment, para. 95.

porte préjudice non seulement aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, mais aussi au droit international contemporain lui-même. En résumé, selon moi, il ne peut y avoir de prérogative ni de privilège d'immunité de l'Etat en cas de crimes internationaux, comme les massacres de populations civiles, ou la déportation de civils et prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé: il s'agit de violations graves d'interdictions absolues du *jus cogens*, pour lesquelles il ne saurait y avoir d'immunités.

298. On ne peut continuer d'envisager des immunités de l'Etat dans une perspective atomisée ou autosuffisante (en les considérant dans un vide): il faut le faire dans le cadre d'une vision globale de l'intégralité du droit international contemporain et de son rôle au sein de la communauté internationale. Le droit international ne peut être gelé en maintenant et en prolongeant les omissions du passé, que ce soit au plan normatif (par exemple lors de la rédaction de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004) ou au plan judiciaire (par exemple la décision majoritaire de la CEDH [Grande Chambre] dans l'affaire *Al-Adsani* en 2001 et l'arrêt de la Cour dans la présente affaire), que j'ai déjà évoquées. L'assertion par la Cour dans le présent arrêt selon laquelle, du point de vue analogique, il n'y a rien «d'intrinsèque à la notion de *jus cogens*» qui imposerait de modifier ou d'écarter l'application des règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction<sup>342</sup> ne fait qu'éluder la question: elle nécessite une démonstration persuasive qui n'a pas été faite à ce jour.

299. La Cour ne peut, par ses décisions, demeurer indifférente aux immenses souffrances des victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ni les oublier; elle ne peut continuer d'accorder une attention indue aux sensibilités apparentes des Etats au point de se rendre complice d'un déni de justice, en conférant indûment aux immunités de l'Etat une valeur absolue. Bien au contraire, les victimes individuelles d'atrocités des Etats ne peuvent être laissées sans aucune forme de recours. L'immunité de l'Etat n'est pas censée faire obstacle à la compétence dans des circonstances comme celles qui prévalent dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Elle ne doit pas faire obstacle à la *réalisation de la justice*. La recherche de la justice doit être préservée comme l'objectif ultime. Assurer la justice au bénéfice des victimes consiste notamment à leur permettre de demander et d'obtenir réparation pour les crimes dont elles ont souffert. Le *jus cogens* est au-dessus de la prérogative ou du privilège de l'immunité de l'Etat, avec toutes les conséquences qui en découlent, empêchant ainsi un déni de justice et l'impunité.

## XXVII. UNE RÉCAPITULATION: CONCLUSIONS

300. Il ressort à l'évidence de toutes les considérations qui précèdent que ma position, en ce qui concerne tous les points qui constituent l'objet

<sup>342</sup> Voir arrêt, par. 95.

ent Judgment on the case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*, stands in clear opposition to the view espoused by the Court's majority. My dissenting position is grounded not only on the assessment of the arguments produced before the Court by the contending Parties (Germany and Italy) and the intervening State (Greece), but above all on issues of principle and on fundamental values, to which I attach even greater importance. I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay the foundations of my dissenting position in the *cas d'espèce* in the present dissenting opinion. I deem it fit, at this stage, to recapitulate all the points of my dissenting position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

301. *Primus*: One cannot take account of inter-temporal law only in a way that serves one's interests in litigation, accepting the passing of time and the evolution of law in relation to certain facts but not to others, of the same *continuing* situation. One cannot hide behind static dogmas so as to escape the legal consequences of the perpetration of atrocities in the past; the evolution of law is to be taken into account. *Secundus*: Likewise, one cannot make abstraction of the factual context of the present case; State immunities cannot be considered in the void, they constitute a matter which is ineluctably linked to the facts which give origin to a contentious case. Recognition of this interrelatedness is even more forceful, in a unique and unprecedented case like the present one, in which the Complainant State, throughout the proceedings before the Court (written and oral phases), recognized its own responsibility for the harmful acts lying in the origins, and forming the factual background, of the present case.

302. *Tertius*: There have been doctrinal developments, from a generation of jurists which witnessed the horrors of two World Wars in the twentieth century, which did not at all pursue a State-centric approach, and were centred on fundamental human values, and on the human person, guarding faithfulness to the historical origins of the *droit des gens*, as one ought to do nowadays as well. State immunities are, after all, a prerogative or a privilege, and they cannot keep on making abstraction of the evolution of international law, taking place nowadays in the light of fundamental human values.

303. *Quartus*: The more lucid contemporary international legal doctrine, including the work of learned institutions in international law, gradually resolves the tension between State immunity and the right of access to justice rightly in favour of the latter, particularly in cases of international crimes. It expresses its concern with the need to abide by the imperatives of justice and to avoid impunity in cases of perpetration of international crimes, thus seeking to guarantee their non-repetition in the future. *Quintus*: The threshold of the *gravity* of the breaches of human rights and of international humanitarian law removes any bar to jurisdiction, in the quest for reparation to the victimized individuals. It is indeed important that all mass atrocities are nowadays considered in the light of

du présent arrêt dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, est clairement opposée à celle que la majorité de la Cour a fait sienne. Mon opinion dissidente repose non seulement sur l'évaluation des arguments formulés devant la Cour par les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce), mais surtout sur des questions de principe et sur des valeurs fondamentales, auxquelles j'attache encore plus d'importance. Je me suis donc ainsi senti obligé, dans l'exercice scrupuleux de la fonction judiciaire internationale, d'exposer dans la présente les fondements de mon opinion dissidente. J'estime approprié, à ce stade, de récapituler tous les points de cette opinion tant par souci de clarté que pour en souligner la connexité.

301. *Primus*: On ne peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un procès, en acceptant le passage du temps et l'évolution du droit par rapport à certains faits mais non à d'autres, s'agissant de la même situation *continue*. On ne peut se cacher derrière des dogmes statiques pour échapper aux conséquences juridiques de la perpétration d'atrocités dans le passé; l'évolution du droit doit être prise en considération. *Secundus*: De même, on ne peut faire abstraction du contexte factuel de la présente affaire; les immunités de l'Etat ne peuvent être considérées dans un vide, il s'agit d'une question inéluctablement liée aux faits qui sont à l'origine d'une affaire contentieuse. La reconnaissance de cette connexité s'impose encore plus dans une affaire unique et sans précédent comme la présente affaire, dans laquelle l'Etat demandeur, tout au long de la procédure devant la Cour (phases écrite et orale), a reconnu sa propre responsabilité à raison des actes préjudiciables qui sont à l'origine de la présente affaire et en constituent le contexte factuel.

302. *Tertius*: Il y a eu des développements doctrinaux, émanant d'une génération de juristes qui ont été témoins des horreurs des deux dernières guerres du XX<sup>e</sup> siècle, qui ne suivaient pas du tout une approche centrée sur l'Etat et étaient axés sur les valeurs humaines fondamentales et sur la personne humaine, et étaient fidèles aux origines historiques du droit des gens, comme on devrait l'être de nos jours. Les immunités de l'Etat sont après tout une prérogative ou un privilège, et elles ne peuvent continuer à faire abstraction de l'évolution du droit international qui se produit de nos jours à la lumière des valeurs humaines fondamentales.

303. *Quartus*: La doctrine du droit international contemporain la plus éclairée, notamment les travaux d'institutions savantes de droit international, réduit progressivement la tension entre l'immunité de l'Etat et le droit d'accès à la justice, à juste titre en faveur de ce dernier, en particulier dans les cas de crimes internationaux. Elle se soucie de la nécessité de respecter les impératifs de justice et d'éviter l'impunité lorsque des crimes internationaux ont été commis, s'efforçant ainsi de garantir leur non-répétition à l'avenir. *Quintus*: Le seuil de *gravité* des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire lève tout obstacle à la compétence lorsqu'il s'agit d'indemniser les victimes individuelles. Il est effectivement important que toutes les atrocités de masse soient de nos jours considérées à la

the threshold of *gravity*, irrespective of who committed them. Criminal State policies and the ensuing perpetration of State atrocities are not to be covered up by the shield of State immunity.

304. *Sextus*: Purported inter-State waivers of rights inherent to the human person are inadmissible; they stand against the international *ordre public*, and are to be deprived of any juridical effects. This is deeply-engraved in human conscience, in the *universal juridical conscience*, the ultimate material source of all law. *Septimus*: By the time of the Second World War, deportation to forced labour (as a form of slave work) was already prohibited by international law. Well before the Second World War its wrongfulness was widely acknowledged, at normative level (in the IV Hague Convention of 1907 and in the 1930 ILO Convention on Forced Labour); there was recognition of that prohibition in works of codification. That prohibition has, furthermore, met with judicial recognition. *Octavus*: The right to war reparation claims was likewise recognized well before the end of the Second World War (in the IV Hague Convention of 1907).

305. *Nonus*: What jeopardizes or destabilizes the international legal order, are the international crimes, and not the individual suits for reparation in the search for justice. What troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice? When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose.

306. *Decimus*: Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are anti-judicial acts, are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. *Undecimus*: International crimes perpetrated by States are not acts *jure gestionis*, nor acts *jure imperii*; they are crimes, *delicta imperii*, for which there is no immunity. That traditional and eroded distinction is immaterial here.

307. *Duodecimus*: In case of grave violations of human rights and of international humanitarian law, the *direct access* of the individuals concerned to the international jurisdiction is thus fully justified, to vindicate those rights, even against their own State. *Tertius decimus*: Individuals are indeed subjects of international law (not merely "actors"), and whenever legal doctrine departed from this, the consequences and results were catastrophic. Individuals are *titulaires* of rights and bearers of duties which emanate *directly* from international law (the *jus gentium*). Converging developments, in recent decades, of the international law of human rights, of international humanitarian law, and of the international law of refugees, followed by those of international criminal law, give unequivocal testimony of this.

lumière de ce seuil de *gravité*, quels que soient leurs auteurs. Les politiques d'Etat criminelles et la perpétration qui en découle d'atrocités d'Etat ne doivent pas être couvertes par le bouclier de l'immunité de l'Etat.

304. *Sextus*: Les renonciations interétatiques à des droits inhérents à la personne humaine sont inadmissibles; elles sont contraires à l'ordre public international et doivent être privées de tout effet juridique. Cela est profondément gravé dans la conscience humaine, dans la *conscience juridique universelle*, source matérielle ultime de l'ensemble du droit. *Septimus*: A l'époque de la seconde guerre mondiale, la déportation pour travail forcé (en tant que forme d'esclavage) était déjà interdite par le droit international. Bien avant la seconde guerre mondiale, son illicéité était déjà largement reconnue au niveau normatif (dans la convention IV de La Haye de 1907 et dans la convention de l'OIT de 1930 sur le travail forcé); cette prohibition était aussi reconnue dans les œuvres de codification, et elle l'a de plus été judiciairement. *Octavus*: Le droit à des réparations de guerre a de même été reconnu bien avant la fin de la seconde guerre mondiale (dans la convention IV de La Haye de 1907).

305. *Nonus*: Ce sont les crimes internationaux, et non les actions individuelles en réparation intentées pour obtenir justice, qui compromettent ou déstabilisent l'ordre juridique international. Ce qui trouble l'ordre juridique international, c'est l'occultation de ces crimes internationaux accompagnée de l'impunité de leurs auteurs, et non la quête de justice des victimes. Lorsqu'un Etat mène une politique criminelle consistant à assassiner des segments de sa propre population et de la population d'autres Etats, il ne peut par la suite se placer derrière le bouclier des immunités souveraines, car ces dernières n'ont jamais été conçues à cette fin.

306. *Decimus*: Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire assimilables à des crimes internationaux sont des actes antijuridiques, des violations du *jus cogens* qui ne peuvent être simplement effacées ou jetées dans l'oubli en invoquant l'immunité de l'Etat. *Undecimus*: Les crimes internationaux commis par des Etats ne sont pas des actes *jure gestionis* ni des actes *jure imperii*; ce sont des crimes, des *delicta imperii*, pour lesquels il n'y a pas d'immunité. Cette distinction traditionnelle battue en brèche est dénuée de pertinence en l'espèce.

307. *Duodecimus*: En cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, l'*accès direct* des individus concernés à la juridiction internationale est ainsi pleinement justifié afin qu'ils puissent faire valoir ces droits, même contre leur propre Etat. *Tertius decimus*: Les individus sont de fait des sujets du droit international (pas seulement des «acteurs») et, chaque fois que la doctrine juridique s'est écartée de cette proposition, les conséquences et les résultats ont été catastrophiques. Les individus sont titulaires de droits et débiteurs d'obligations qui émanent *directement* du droit international (le *jus gentium*). Les développements convergents intervenus lors des dernières décennies en droit international des droits de l'homme, en droit international humanitaire et en droit international des réfugiés, puis en droit pénal international, l'attestent sans équivoque.

308. *Quartus decimus*: It is not at all State immunity that cannot be waived. There is no immunity for crimes against humanity. In cases of international crimes, of *delicta imperii*, what cannot be waived is the individual's right of access to justice, encompassing the right to reparation for the grave violations of the rights inherent to him as a human being. Without that right, there is no credible legal system at all, at national or international levels.

309. *Quintus decimus*: The finding of particularly grave violations of human rights and of international humanitarian law provides a valuable test for the removal of any bar to jurisdiction, in pursuance of the necessary realization of justice. *Sextus decimus*: It is immaterial whether the harmful act in grave breach of human rights was a governmental one, or a private one with the acquiescence of the State, or whether it was committed entirely in the forum State or not (deportation to forced labour is a trans-frontier crime). State immunity does not stand in the domain of redress for grave violations of the fundamental rights of the human person.

310. *Septimus decimus*: The right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *proces équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due. The realization of justice is in itself a form of reparation, granting *satisfaction* to the victim. In this way those victimized by oppression have their right to the law (*droit au Droit*) duly vindicated.

311. *Duodevicesimus*: Even in the domain of State immunities proper, there has been acknowledgment of the changes undergone by it, in the sense of restricting or discarding such immunities in the occurrence of those grave breaches, due to the advent of the international law of human rights, with attention focused on the right of access to justice and international accountability. *Undevicesimus*: The State's duty to provide reparation to individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law is a duty under customary international law and pursuant to a fundamental general principle of law.

312. *Vicesimus*: There is nowadays a growing trend of opinion sustaining the removal of immunity in cases of international crimes, for which reparation is sought by the victims. In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of international crimes — marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law — in pursuance of State (criminal) policies, amounts to a juridical absurdity.

313. *Vicesimus primus*: The right of access to justice *lato sensu* is to be approached with attention focused on its essence as a fundamental right, and not on permissible or implicit "limitations" to it. *Vicesimus secundus*:

308. *Quartus decimus*: Ce n'est pas du tout l'immunité de l'Etat qui ne peut être refusée. Il n'y a pas d'immunité pour les crimes contre l'humanité. En cas de crimes internationaux, de *delicta imperii*, ce qui ne peut être refusé est le droit d'accès à la justice de l'individu, qui comprend le droit à réparation pour les violations graves des droits qui lui sont inhérents en tant qu'être humain. En l'absence de ce droit, il n'y a absolument pas de système juridique crédible, aux niveaux national comme international.

309. *Quintus decimus*: La constatation de violations particulièrement graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire fournit un critère précieux pour la levée de tout obstacle à la compétence, eu égard à l'impératif de réalisation de la justice. *Sextus decimus*: Peu importe que l'acte préjudiciable violant gravement les droits de l'homme ait été le fait d'un Etat ou d'une personne privée avec l'acquiescement de l'Etat, ou qu'il ait été commis entièrement ou non dans l'Etat du for (la déportation pour travail forcé est un crime transfrontière). L'immunité de l'Etat n'a pas cours dans le domaine de la réparation des violations graves des droits fondamentaux de la personne humaine.

310. *Septimus decimus*: Le droit d'accès à la justice *lato sensu* comprend non seulement l'accès formel à la justice (le droit d'introduire une instance) au moyen d'un recours effectif, mais aussi les garanties d'une procédure régulière (avec l'égalité des armes dans le cadre d'un procès équitable) jusqu'au jugement (la prestation juridictionnelle) et son exécution intégrale, la réparation due étant accordée. La réalisation de la justice est en elle-même une forme de réparation, accordant *satisfaction* à la victime. De cette manière, le droit au Droit des victimes de l'oppression est dûment réalisé.

311. *Duodevicesimus*: Même dans le domaine des immunités de l'Etat proprement dit, des changements ont été reconnus, dans le sens d'une restriction ou d'un refus de ces immunités dans le cas de violations graves, en raison de l'apparition du droit international des droits de l'homme, l'attention voulue ayant été accordée au droit d'accès à la justice et à l'obligation internationale de rendre des comptes. *Undevicesimus*: L'obligation de l'Etat d'indemniser les victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire est une obligation qui découle du droit international coutumier et d'un principe général fondamental du droit.

312. *Vicesimus*: Il existe aujourd'hui une tendance croissante en faveur du refus de l'immunité en cas de crimes internationaux lorsque les victimes demandent réparation. De fait, admettre qu'il n'y a pas d'immunité de l'Etat dans le domaine des relations commerciales ou en matière quasi délictuelle (par exemple, dans le domaine des accidents de la route), tout en insistant pour permettre aux Etats de s'abriter derrière l'immunité en cas de crimes internationaux marqués par des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commis dans le cadre de politiques étatiques (criminelles), constitue une absurdité juridique.

313. *Vicesimus primus*: Le droit d'accès à la justice *lato sensu* doit être envisagé en prêtant attention à son essence en tant que droit fondamental et non à ses «restrictions» admissibles ou implicites. *Vicesimus secundus*: Les

Grave breaches of human rights and of international humanitarian law amount to breaches of *jus cogens*, entailing State responsibility and the right to reparation to the victims. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* of natural law), underlying the conception of law (in distinct legal systems — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/ right*) as a whole.

314. *Vicesimus tertius*: It is groundless to claim that the regime of reparations for grave breaches of human rights and of international humanitarian law would exhaust itself at inter-State level, to the detriment of the individuals who suffered the consequences of war crimes and crimes against humanity. It is clear from the records of the present case that there are IMIs, victims of Nazi Germany's grave violations of human rights and of international humanitarian law, who have in fact been left without reparation to date. *Vicesimus quartus*: These individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress. State immunity is not supposed to operate as a bar to jurisdiction in circumstances such as those prevailing in the present case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State*. It is not to stand in the way of the *realization of justice*. The pursuit of justice is to be preserved as the ultimate goal; securing justice to victims encompasses, *inter alia*, enabling them to seek and obtain redress for the crimes they suffered.

315. *Vicesimus quintus*: One cannot embark on a wrongfully assumed and formalist lack of conflict between “procedural” and “substantive” rules, depriving *jus cogens* of its effects and legal consequences. The fact remains that a conflict does exist, and the primacy is of *jus cogens*, which resists to, and survives, such groundless attempt at its deconstruction. There can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities.

316. *Vicesimus sextus*: *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity. On the basis of all the aforesaid, my firm position is that there is no State immunity for international crimes, for grave violations of human rights and of international humanitarian law. In my understanding, this is what the International Court of *Justice* should have decided in the present Judgment.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---

violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constituent des violations du *jus cogens* qui engagent la responsabilité de l'Etat et donnent naissance à un droit à réparation au profit des victimes. Cela est conforme à l'idée de rectitude (selon la *recta ratio* du droit naturel) qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) dans son ensemble.

314. *Vicesimus tertius*: Il est injustifié d'affirmer que le régime des réparations pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire s'épuiserait au niveau interétatique au détriment des victimes des conséquences des crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Il ressort clairement du dossier de la présente affaire qu'il y a des internés militaires italiens, victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie, qui n'ont effectivement pas été indemnisés à ce jour. *Vicesimus quartus*: Ces victimes individuelles d'atrocités étatiques ne peuvent être laissées sans aucune forme de recours. L'immunité de l'Etat n'est pas censée faire obstacle à la compétence dans des circonstances comme celles de la présente espèce concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Elle ne saurait faire obstacle à la *réalisation de la justice*. La recherche de la justice doit être préservée comme objectif ultime; assurer la justice au bénéfice des victimes consiste notamment à leur permettre de demander et d'obtenir réparation pour les crimes dont elles ont souffert.

315. *Vicesimus quintus*: On ne saurait partir de l'hypothèse fautive et formaliste de l'absence de conflit entre règles «procédurales» et «matérielles» et priver le *jus cogens* de ses effets et conséquences juridiques. Le fait demeure qu'il existe bien un conflit, et la primauté revient au *jus cogens*, qui résiste à cette tentative infondée de le déconstruire et y survit. Il ne peut y avoir de prérogative ou de privilège de l'immunité de l'Etat dans le cas des crimes internationaux, comme les massacres de populations civiles et la déportation de civils et de prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé: il s'agit de violations graves d'interdictions absolues relevant du *jus cogens*, pour lesquelles il ne peut y avoir d'immunités.

316. *Vicesimus sextus*: Le *jus cogens* est au-dessus de la prérogative ou du privilège de l'immunité de l'Etat, avec toutes les conséquences qui en découlent, de manière à éviter un déni de justice et l'impunité. Sur la base de tout ce qui précède, je suis fermement convaincu qu'il n'y a pas d'immunité de l'Etat pour les crimes internationaux, pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Selon moi, c'est ce que la Cour internationale de Justice aurait dû décider dans le présent arrêt.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.