

DÉCLARATION COMMUNE
DE MM. LES JUGES KEITH ET GREENWOOD

[Traduction]

1. La présente affaire trouve son origine dans les atrocités et autres actes inhumains perpétrés par les forces allemandes et d'autres services du gouvernement nazi à l'encontre de ressortissants italiens, civils et militaires, entre le 3 septembre 1943, date à laquelle l'Italie a signé un armistice avec les puissances alliées, et le 8 mai 1945, date de la capitulation inconditionnelle de l'Allemagne. Le caractère illicite de ces actes est indéniable et n'est pas contesté en l'espèce. La seule question qui se pose devant la Cour au stade actuel de la procédure est de savoir si la demande reconventionnelle présentée par l'Italie relève de sa compétence, comme l'exige le paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement. Le seul titre de compétence sur lequel l'Italie puisse fonder sa demande est la convention européenne de 1957 pour le règlement pacifique des différends (ci-après la «convention européenne»). Or, l'alinéa *a*) de l'article 27 de celle-ci exclut de la compétence de la Cour (prévue à l'article premier) les «différends concernant des faits ou situations» antérieurs à son entrée en vigueur. Dans son arrêt relatif à *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, la Cour a jugé que le critère tenait à la question de savoir si les faits ou situations générateurs du différend, ceux qui en sont réellement la cause, étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la convention (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 25, par. 44).

2. La convention européenne étant entrée en vigueur le 18 avril 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, la question qui se pose est de savoir si l'Italie a établi que la demande reconventionnelle concerne un différend dont la source ou la cause réelle réside dans des faits et situations postérieurs à cette date. La Cour a jugé que tel n'était pas le cas. Nous souscrivons à cette conclusion et, d'une manière générale, au raisonnement de la Cour. Dans la présente déclaration, nous allons examiner deux questions qui, à notre avis, viennent à l'appui de ce raisonnement.

3. La première concerne l'existence et la définition du différend que l'Italie entend soumettre dans sa demande reconventionnelle. D'après l'Italie :

«C'est ... le régime de réparation institué par les deux accords conclus entre l'Allemagne et l'Italie en 1961 qui est la source ou la cause réelle des différends portés devant la Cour en la présente espèce. S'y ajoutent les événements ayant suivi la création, en 2000, de la Fondation «Mémoire, responsabilité et avenir ».» (Contre-mémoire, par. 7.4.)

L'Italie avait écrit auparavant :

« Pour reprendre les propos de la Cour dans l'affaire concernant *Certains biens*, la conclusion des accords de 1961 avait créé une « situation nouvelle » entre l'Italie et l'Allemagne au sujet de la question de la réparation. Ce sont les accords de 1961 et, plus particulièrement, les questions concernant leur portée, ainsi que la portée de la clause de renonciation figurant dans ces accords, qui se trouvent au centre des divergences entre l'Italie et l'Allemagne sur la question de la réparation. Ce sont donc les accords de 1961, et non pas le traité de paix, qui doivent être considérés comme étant l'origine ou la cause réelle des différends portés devant la Cour. » (Contre-mémoire, par. 3.18.)

4. En dehors de ces affirmations générales, l'Italie n'indique pas quels sont les différends relevant ainsi de la compétence de la Cour en vertu de la convention européenne (voir également par. 3.19). Quelles sont les divergences opposant l'Italie et l'Allemagne au sujet de « l'interprétation » et de l'application des accords de 1961 ou de la Fondation de 2000 qui constitueraient des « différends juridiques internationaux » ? Nulle part dans le contre-mémoire une telle divergence ou un tel différend juridique n'est défini ou démontré. Au chapitre II, intitulé « Les faits », l'Italie déclare que les accords de 1961 :

« constituent en premier lieu une confirmation du fait que l'Allemagne reconnaît être tenue de l'obligation d'offrir une indemnisation aux victimes italiennes de violations graves du DIH. Néanmoins, l'Italie estime qu'il ressort de leurs dispositions mêmes que ces accords n'ont pas épuisé les mesures d'indemnisation possibles, mais ont simplement représenté une première étape d'un processus plus large visant à offrir une réparation appropriée à toutes les victimes italiennes de violations graves du DIH. » (Par. 2.15.)

5. Dans la section suivante du chapitre consacré aux faits, l'Italie soutient que les lois allemandes de 1953 et de 2000 n'ont pas institué de mécanisme assurant une réparation effective à un très grand nombre de victimes italiennes (par. 2.20 à 2.34). Il ressort de plusieurs passages du contre-mémoire (par exemple, par. 2.45 et 5.58 à 5.65) que l'Italie s'inquiète de ce que les mesures convenues jusqu'à présent avec l'Allemagne et mises en œuvre par le législateur allemand, ainsi que les décisions des juridictions et des autorités allemandes, n'ont pas réparé le préjudice subi par ces victimes italiennes. Vers la fin du chapitre concernant la réparation, elle déclare :

« Les accords de 1961 constituent une « situation nouvelle » en vertu de laquelle *a)* l'Allemagne a reconnu son obligation envers les victimes italiennes de violations graves du DIH ; *b)* les accords prévoient certaines mesures de réparation limitées (concernant les réclamations pendantes de nature économique ainsi que les réclamations émanant des victimes de la persécution pour plusieurs causes parti-

culières), mais, dans le même temps, *c)* ces accords n'ont pas réglé plusieurs autres situations. A cet égard, au bout d'une longue période marquée par l'incertitude et de nombreuses promesses non remplies, les victimes italiennes furent finalement exclues du champ d'application de la loi de 2000, et ce en vertu d'arguments plutôt non convainquants.» (Contre-mémoire, par. 5.66.)

Ce passage est immédiatement suivi de l'affirmation suivante :

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

6. Mais le contre-mémoire ne précise pas quels sont les différends juridiques internationaux relatifs aux accords de 1961 et aux actes ultérieurs de l'Allemagne, pas plus qu'il ne fait référence à une correspondance diplomatique dans le cadre de laquelle l'Italie aurait informé l'Allemagne de l'existence de tels différends.

7. Une autre considération s'impose à cet égard. Dans ses observations écrites sur les observations écrites de l'Allemagne relatives à la demande reconventionnelle, l'Italie soutient que :

«l'Allemagne a en effet expressément reconnu l'existence d'une contestation entre les Parties quant au sens et à la portée des accords de 1961. Non seulement l'Allemagne «ne conteste pas qu'il existe effectivement une certaine divergence de vues quant à la signification juridique des deux accords de 1961», mais elle l'affirme au contraire de manière explicite.» (Par. 65.)

L'Allemagne avait affirmé textuellement ce qui suit :

«L'Allemagne ne conteste pas qu'il existe effectivement une certaine divergence de vues quant à la signification juridique des deux accords de 1961. Alors qu'elle est d'avis que ces instruments doivent être considérés comme un ajout volontaire au régime instauré par le traité de paix de 1947, l'Italie soutient qu'ils ont rouvert la question des réparations. L'élément central de la demande reconventionnelle réside cependant dans l'argument selon lequel une obligation de réparer les violations du droit international humanitaire commises par les autorités nazies pendant la période de l'occupation militaire de l'Italie continue d'incomber à l'Allemagne. Ce sont donc les événements qui se sont produits entre 1943 et 1945 qui constituent la cause réelle du différend. Les deux traités de règlement en tant que tels ne sont pas en cause. Les deux Parties conviennent que leur conclusion a fait progresser les relations entre les deux pays. Ces accords ne permettent donc nullement de fonder les demandes de l'Italie, que ce soit sur le plan factuel ou sur le plan juridique.» (Observations écrites

de l'Allemagne relatives à la demande reconventionnelle de l'Italie, par. 35.)

8. Nous ne voyons pas dans la déclaration de l'Allemagne une reconnaissance de l'existence d'un différend — au sens bien établi que ce terme a en droit — au sujet des accords de 1961. Quoi qu'il en soit, nous estimons que ces arguments ne sont pas pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si la Cour a le pouvoir de «connaître d'une demande reconventionnelle» en vertu de l'article 80 de son Règlement. Ils ne le sont qu'une fois cette question tranchée. En outre, l'Allemagne n'a pas été en mesure de répondre à ce dernier argument de l'Italie, puisque celle-ci ne l'a avancé que dans sa réponse aux observations écrites de l'Allemagne relatives à la demande reconventionnelle, et que le dépôt de cette réponse n'a été suivi ni d'une procédure écrite ni d'une procédure orale.

9. Nous estimons donc que l'Italie n'a pas établi l'existence d'un différend avec l'Allemagne survenu postérieurement au 18 avril 1961.

10. Le second point sur lequel nous souhaitons attirer l'attention est le fait que, quand bien même (contrairement à ce que nous venons de déclarer) l'Italie nous aurait convaincus de l'existence d'un différend entre les Parties au sujet des accords de 1961 ou de la législation allemande en matière de réparation, nous sommes persuadés que la source ou la cause réelle de ce différend réside dans des faits antérieurs au 18 avril 1961, d'où il résulte que la compétence de la Cour est exclue en vertu de la limitation apportée par l'alinéa *a*) de l'article 27 de la convention européenne.

11. Comme il est rappelé dans l'ordonnance, la question des réclamations de l'Italie et de ses ressortissants pour des faits survenus pendant la seconde guerre mondiale était l'un des nombreux sujets sur lesquels portait le traité de paix conclu en 1947 entre les Puissances alliées et l'Italie. Le paragraphe 4 de l'article 77 présente une importance particulière. En vertu de cette disposition, l'Italie acceptait, en son nom et au nom de tous les ressortissants italiens, de renoncer

«à toutes réclamations contre l'Allemagne et les ressortissants allemands, qui n'[avaient] pas [été] réglées au 8 mai 1945, à l'exception de celles qui [résultaient] de contrats et d'autres obligations qui étaient en vigueur ainsi que de droits qui [avaient été] acquis avant le 1^{er} septembre 1939».

La portée et l'effet exacts de cette clause, et en particulier la question de savoir si elle visait aussi les réclamations relatives à des violations du droit humanitaire, ont suscité des analyses différentes et nous n'exprimerons pas ici d'avis sur ce sujet. Nous relèverons néanmoins que la question de savoir si l'Allemagne devait verser des réparations pour des violations du droit international humanitaire commises en Italie et ailleurs au cours de la seconde guerre mondiale avait été discutée bien avant 1961. Elle avait par exemple été abordée dans le contexte de la conclusion de l'accord de Londres de 1953 sur les dettes extérieures allemandes.

12. Les deux accords de 1961 doivent être examinés dans ce contexte. En vertu de ces accords, l'Allemagne s'est engagée à effectuer certains versements à l'Italie en relation avec des faits survenus pendant la seconde guerre mondiale. Le paragraphe 1 de l'article 2 du premier accord de 1961, à savoir le traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République italienne portant règlement de certaines questions d'ordre patrimonial, économique et financier, disposait ce qui suit :

«Le Gouvernement italien déclare que toutes les réclamations et créances pendantes de la République italienne ou de personnes physiques ou morales italiennes contre la République fédérale d'Allemagne ou des personnes physiques ou morales allemandes sont réglées, pour autant qu'elles soient fondées sur des droits et situations de fait nés au cours de la période allant du 1^{er} septembre 1939 au 8 mai 1945.»

L'article 3 du deuxième accord de 1961, à savoir le traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République italienne relatif à l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste, prévoyait que

«[L]e paiement prévu à l'article premier portera[it] règlement définitif entre la République fédérale d'Allemagne et la République italienne de toutes les questions faisant l'objet du présent accord, sans préjudice des droits éventuels de ressortissants italiens fondés sur la législation allemande en matière d'indemnisation».

13. Là encore, la portée et l'effet exacts de ces dispositions peuvent donner matière à discussion. Ce qui importe ici cependant, c'est qu'aucun des deux accords de 1961 ne saurait en soi être interprété comme mettant à la charge de l'Allemagne l'obligation de verser à l'Italie ou à des ressortissants italiens, pour des violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale, d'autres indemnités que les montants prévus expressément dans les deux accords. L'Italie n'a jamais dit que l'Allemagne n'avait pas versé ces montants. Elle soutient par contre que les deux accords constituaient de la part de l'Allemagne la reconnaissance du fait qu'elle ne pouvait plus se prévaloir de la renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix. Or, dans la mesure où l'on pourrait considérer qu'il existe un différend entre les Parties sur cette question, celui-ci est indissociable du régime institué par le traité de 1947 et des échanges ultérieurs qui ont eu lieu entre les deux gouvernements après la conclusion de ce traité. Il est en particulier inextricablement lié à l'appréciation de la portée et de l'effet de la clause de renonciation contenue au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 et aux divergences de vues entre les Parties à ce sujet.

14. De même, ni l'adoption par l'Allemagne d'une législation prévoyant des réparations en faveur de certaines catégories de victimes de violations du droit humanitaire commises au cours de la seconde guerre mondiale, ni le fait que, en vertu de cette législation, certaines victimes

italiennes se sont vu refuser une réparation, ne constituent des faits détachables du régime institué par le traité de paix de 1947. La législation nationale allemande et son application par les juridictions et les autorités allemandes ne donnent pas à elles seules naissance à une obligation en vertu du droit international d'indemniser des catégories de demandeurs qui ont été exclues du champ d'application de la législation. Là encore, sa pertinence tiendrait à son incidence sur la possibilité pour l'Allemagne de se fonder sur les dispositions du traité de paix de 1947. Elle est dès lors inextricablement liée à ce traité.

15. Nous devons donc nécessairement conclure que la source ou la cause réelle de tout différend que l'Italie cherche à porter devant la Cour par voie de demande reconventionnelle réside dans des faits et situations survenus bien avant le 18 avril 1961. Cela ressort effectivement de la manière dont l'Italie formule sa demande reconventionnelle dans son contre-mémoire. Dans les deux phrases du chapitre sur la demande reconventionnelle exposant le contenu de cette demande, l'Italie déclare :

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

Le présent chapitre expose la demande reconventionnelle de l'Italie en l'affaire. L'Italie prie la Cour de déclarer que l'Allemagne a violé l'obligation de réparation qui est la sienne à l'égard des victimes italiennes des crimes commis par l'Allemagne nazie pendant la seconde guerre mondiale et qu'elle doit, par conséquent, mettre fin à son comportement illicite et accorder aux victimes une réparation effective et appropriée.» (Par. 7.1-7.2.)

On ne saurait être plus clair.

(Signé) Kenneth KEITH.

(Signé) Christopher GREENWOOD.