

## DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* BERMAN

*Duties and functions of a judge ad hoc.*

*First preliminary objection: lack of dispute — Germany precluded, by ordinary considerations of good faith, from now arguing "no dispute".*

*Second preliminary objection ratione temporis — Court's margin of discretion in identifying "source or real cause" of dispute — Interpretation of limitation ratione temporis contained in treaty as opposed to optional clause declaration.*

*Settlement Convention — Centrality of argument regarding "consistent jurisprudence" of German courts — Argument not established on the facts — German courts retained for themselves freedom of manœuvre over how and when to apply the Convention — Improbable interpretation given to wording of Settlement Convention — No evidence of actual intentions of parties to Settlement Convention — Obligations of Three Powers towards neutral States.*

*Source of dispute not solely in German court decisions — Actions of German Government after Pieter van Laer Painting case — Decision to apply Settlement Convention to neutral property and deny compensation clearly subsequent to critical date.*

*Case does not depend on German "change of position" — Sufficient to show that Germany first took position regarding neutral assets after critical date — That dispute connected with Settlement Convention and Beneš Decrees undeniable but insufficient — Settlement Convention not opposable to non-party — Pacta tertiis rules in Articles 34 and 35 of the Vienna Convention on the Law of Treaties — Significance of obligation to pay compensation — Modification of Settlement Convention régime, apparently at German request, well after critical date.*

*Other preliminary objections equally to be rejected — Fifth preliminary objection (indispensable third party) — Dispute as defined by Court clearly capable of adjudication without determining lawfulness of Beneš Decrees or confiscations.*

*If available evidence insufficient, second and fifth preliminary objections should have been joined to the merits.*

*Existence of legal dispute now determined by the Court — Content of dispute likewise — Judgment does not bring dispute to an end — Settlement Convention (minus the obligation to pay compensation) not a proper way to deal with neutral property.*

*Unusual nature of claim not an issue in limine, but for the merits.*

1. While there is much in the Court's decision, and in its reasoning, with which I agree, I find myself in substantial disagreement over certain

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* BERMAN

[Traduction]

*Devoirs et fonctions du juge ad hoc.*

*Première exception préliminaire: inexistence d'un différend — L'Allemagne ne pouvait pas, pour des raisons élémentaires de bonne foi, plaider en l'espèce « l'inexistence d'un différend ».*

*Deuxième exception préliminaire, ratione temporis — Pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont jouit la Cour pour déterminer « l'origine ou la cause réelle » d'un différend — Interprétation d'une limitation ratione temporis figurant dans un traité et non pas dans une déclaration au titre de la clause facultative.*

*La convention sur le règlement — Rôle central de l'argument relatif à la « jurisprudence constante » des tribunaux allemands — Argument non fondé dans les faits — Liberté de manœuvre que gardent les tribunaux allemands pour déterminer quand et comment appliquer la convention — Interprétation invraisemblable des termes de la convention sur le règlement — Absence de preuve quant à l'intention réelle des parties à la convention sur le règlement — Obligations des trois puissances envers les Etats neutres.*

*L'origine du différend ne réside pas seulement dans les décisions des juridictions allemandes — Actions du Gouvernement allemand postérieures à l'affaire du Tableau de Pieter van Laer — Décision d'appliquer la convention sur le règlement aux biens neutres et de refuser l'indemnisation manifestement postérieure à la date critique.*

*L'affaire ne repose pas sur le « changement de position » de l'Allemagne — Il suffisait de démontrer le fait que l'Allemagne n'a pris position à l'égard des biens neutres qu'après la date critique — Lien indéniable mais insuffisant entre le présent différend et la convention sur le règlement et les décrets Beneš — Inopposabilité de la convention sur le règlement à un Etat non partie — Règles concernant l'effet relatif énoncées aux articles 34 et 35 de la convention de Vienne sur le droit des traités — Importance de l'obligation d'indemnisation — La modification de la convention sur le règlement a eu lieu, apparemment sur la demande de l'Allemagne, bien après la date critique.*

*Les autres exceptions préliminaires devaient également être rejetées — Cinquième exception préliminaire (tierce partie indispensable) — Le présent différend tel que défini par la Cour pouvait manifestement être tranché sans qu'il soit nécessaire de statuer sur la licéité des décrets Beneš ou des confiscations.*

*Si les pièces versées au dossier étaient insuffisantes, les deuxième et cinquième exceptions devaient être jointes au fond.*

*Existence d'un différend juridique désormais établie par la Cour — Objet du différend établi de même — L'arrêt ne met pas fin au différend — La convention sur le règlement (dépouillée de l'obligation d'indemnisation) ne constituait pas le bon moyen de régler la question des biens neutres.*

*Le caractère inhabituel de la demande n'était pas une question in limine litis, mais une question de fond.*

1. Bien que je souscrive dans une large mesure à la décision et au raisonnement adoptés par la Cour, je me trouve en net désaccord avec elle

issues. That would not in itself be grounds for a dissenting opinion, since I do not take the view that it is virtually incumbent on a judge *ad hoc* to tell the waiting world where and how his conclusions differ from those of the majority on the Court. My views as to the duties and functions of a judge *ad hoc* are very much the same as those expressed by Judges *ad hoc* Lauterpacht and Franck respectively at the provisional measures (further request) phase of the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, pp. 408-409)*, and the merits phase of the case concerning *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia) (Judgment, I.C.J. Reports 2002, pp. 693-695)*.

2. Since, however (or therefore), I believe that the Court has gone seriously astray in deciding how this case should be handled at this preliminary objections phase, I must explain why.

3. In this case, the Federal Republic of Germany, the respondent State, has lodged with the Court no less than six preliminary objections to the Application brought against it by the Principality of Liechtenstein, as applicant State. Three of these objections are stated to go to the jurisdiction of the Court to hear Liechtenstein's Application, and the second set of three are claimed to be reasons why the Court, assuming it holds itself to have jurisdiction, should nevertheless declare Liechtenstein's claims inadmissible. No doubt this is not in itself a matter for judicial comment. Litigating States are free to argue their case before the Court as they think best; that is regarded as one of their sovereign attributes, in which the Court should not in normal circumstances interfere.

4. It remains true all the same that Liechtenstein's claim against Germany, though undoubtedly an unusual one, a claim without obvious precedent, a claim which depends upon creative legal reasoning, is nonetheless in its essence a simple claim, without multifarious strands or complexities. Liechtenstein asserts that the present-day German State has, throughout its lifetime, owed certain duties to Liechtenstein, as a recognized neutral in the Second World War, that those duties have been breached by certain specified conduct in recent years, and that the breach gives rise accordingly to the consequences provided for in the law of State responsibility. Even allowing for an understandable degree of forensic reinsurance, the interposition of a barricade of three jurisdictional plus three "admissibility" objections against so simple a claim creates the impression of indignation, not to say outrage, that the claim should have been brought in the first place. As indicated, however, this may not be fit matter for judicial comment — except (in the context of the present opinion) to the extent that the phenomenon unites with certain features of the case to which I will return below.

sur certaines questions. Cela ne suffirait pas en soi à motiver une opinion dissidente, puisque je ne crois pas qu'un juge *ad hoc* ait pour ainsi dire le devoir de faire savoir à un monde impatient de l'apprendre sur quels points et en quoi ses conclusions diffèrent de celles de la majorité de la Cour. Mes vues sur les devoirs et fonctions du juge *ad hoc* sont très proches de celles que les juges *ad hoc* Lauterpacht et Franck ont exprimées, respectivement, au stade des mesures conservatoires (nouvelle demande) en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 408-409)*, et au stade du fond en l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie) (arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 693-695)*.

2. Cela dit (ou pour cela même), puisque j'estime que la Cour s'est sérieusement égarée dans sa recherche de la solution à donner à cette affaire à ce stade des exceptions préliminaires, il me faut expliquer pourquoi.

3. En l'espèce, la République fédérale d'Allemagne, l'Etat défendeur, a soulevé devant la Cour pas moins de six exceptions préliminaires pour faire échec à la requête déposée contre elle par la Principauté de Liechtenstein, l'Etat demandeur : il est précisé que trois de ces exceptions visent la compétence de la Cour pour connaître de la requête du Liechtenstein et que les trois autres constituent des motifs pour lesquels la Cour, à supposer qu'elle se déclare compétente, doit néanmoins déclarer irrecevables les demandes du Liechtenstein. Sans doute n'est-ce pas là en soi une question qui appelle un commentaire de la part du juge. Les Etats parties à un litige devant la Cour sont libres de plaider leur cause comme ils l'entendent : cette liberté est considérée comme un des attributs de leur souveraineté, sur lequel la Cour, dans des circonstances normales, n'a pas à empiéter.

4. Il n'en demeure pas moins vrai que les demandes formulées contre l'Allemagne par le Liechtenstein, bien qu'elles soient incontestablement inhabituelles, sans précédent manifeste et supposant une certaine créativité dans le raisonnement juridique, sont, dans leur essence, des demandes simples, sans ramifications ni complexités multiples. Le Liechtenstein affirme que l'Etat allemand actuel a, depuis sa naissance, certaines obligations vis-à-vis du Liechtenstein, en raison de la qualité d'Etat neutre qui était reconnue à ce dernier pendant la seconde guerre mondiale, qu'il a manqué à ces obligations par un certain comportement qu'il a adopté au cours des récentes années, et que ce manquement emporte donc les conséquences prévues par le droit de la responsabilité des Etats. Même si l'on peut comprendre dans une certaine mesure le désir de l'Allemagne de renforcer sa position devant le juge, l'édification d'une barricade faite de trois exceptions d'incompétence et de trois exceptions d'irrecevabilité pour faire échec à des demandes aussi simples donne l'impression d'un sentiment d'indignation, pour ne pas dire d'outrage, devant le fait même que ces demandes aient été présentées. Toutefois, comme je l'ai indiqué, il n'y a pas là matière à commentaire de la part du juge — si ce n'est (dans le cadre de la présente opinion) en tant que ce phénomène se rattache à certains éléments de l'affaire auxquels je vais revenir ci-après.

5. It is not necessary for me to say anything of my own about the first preliminary objection, the so-called absence of a dispute between the Parties. On it, I am in complete agreement with the Court. The objection has little merit. Germany had itself recognized, in a formal bilateral context, that there was a dispute between the two States which might have to be settled by judicial means. Indeed, given this recognition (I would be disinclined to call it an admission, as it amounted to nothing more than a reflection of the objective facts), I would be prepared to go further than the Court, and to hold that Germany was precluded, by ordinary considerations of good faith, from now raising an objection of "no dispute".

6. The issues on which I part company substantially from the Court relate rather to the second preliminary objection, that under which Germany claims that the dispute between the Parties falls outside Germany's acceptance of the jurisdiction of the Court by virtue of the exception *ratione temporis* contained in Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes. There is no need for me to repeat the opposing contentions of the Parties on this question, or the prior jurisprudence of the Court on questions of this kind; on both aspects, I have no quarrel with the summary given in the Court's Judgment. I need only remark that, in my view, the prior jurisprudence of this Court and its predecessor, difficult as some aspects of it are to reconcile, at least establishes that, in interpreting clauses of this kind, the Court enjoys a certain latitude or discretion in determining what facts or situations should be regarded as what the Court now refers to as the "source or real cause" of a dispute before it — if only because no one international dispute exactly resembles another in the way in which it comes into existence. The Court discusses (in paragraph 43 of the Judgment) the fact that the limitation *ratione temporis* relied upon in the present case is contained in an agreed treaty instrument on the peaceful settlement of disputes, not in a unilateral acceptance under the optional clause, and decides that nothing material turns on that fact. With that conclusion I have no great difficulty, at least in the particular circumstances of this case, though I would not exclude the possibility of a different answer being appropriate in other circumstances. In the present case, at all events, each Party, in its pleadings, has half-expressly, half-implicitly accepted the relevance of the three cases primarily in question (*Phosphates in Morocco*, *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, and *Right of Passage*), and the Court is entitled to treat that as an agreed understanding between these two Contracting States as to the extent of their treaty obligation towards one another, and give weight to it accordingly under normal Vienna Convention principles.

7. More to the purpose is however the fact that the Court, in reaching its conclusion (a somewhat discretionary conclusion, as I indicate above) that the essential facts or situations to which the present dispute "relates" are anterior to the critical date of 1980 under the European Convention, bases itself on the argument that the German courts, in their decision not

5. Je n'ai rien à ajouter pour ma part sur la première exception préliminaire, laquelle postule l'inexistence d'un différend entre les Parties. Sur ce point, je suis totalement en accord avec la Cour. L'exception n'est guère fondée. L'Allemagne a elle-même reconnu, dans un cadre bilatéral officiel, qu'il existait entre les deux Etats un différend qui pourrait nécessiter un règlement judiciaire. Etant donné cette constatation (que je ne voudrais pas qualifier d'aveu, puisqu'elle ne fait que donner acte des faits concrets), je serais prêt à aller plus loin que la Cour et à considérer que l'Allemagne ne pouvait pas, pour des raisons élémentaires de bonne foi, soulever en l'espèce l'exception tirée de l'«inexistence» d'un différend.

6. Les questions sur lesquelles je suis en net désaccord avec la Cour concernent plutôt la deuxième exception préliminaire, au titre de laquelle l'Allemagne affirme que, du fait de la limitation *ratione temporis* énoncée à l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, le litige qui oppose les Parties échappe à la juridiction de la Cour telle qu'acceptée par l'Allemagne. Il est inutile de répéter ici les thèses opposées des Parties à cet égard, ou la jurisprudence antérieure de la Cour concernant ce genre de questions: sur ces deux points, je n'ai rien à redire à la synthèse contenue dans l'arrêt. Je me contenterai de faire remarquer que, selon moi, la jurisprudence antérieure de la Cour et de sa devancière, si difficile qu'il soit d'en concilier certains éléments, établit du moins que, lorsqu'elle interprète les clauses de ce type, la Cour jouit d'une certaine latitude ou d'un certain pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour déterminer quels faits ou situations doivent être considérés comme ce qu'elle appelle maintenant l'«origine ou la cause réelle» des différends dont elle est saisie — ne serait-ce que parce deux différends internationaux ne sont jamais exactement semblables du point de vue des circonstances qui les ont fait naître. La Cour (au paragraphe 43 de l'arrêt) se penche sur le fait que la limitation *ratione temporis* invoquée en l'espèce est énoncée dans un instrument conventionnel relatif au règlement pacifique des différends, et non dans une déclaration unilatérale d'acceptation au titre de la clause facultative, avant de juger qu'il ne s'agit pas là d'un élément déterminant. Je n'ai rien à redire à cette conclusion, du moins dans les circonstances particulières de l'espèce, bien que je n'exclue pas la possibilité qu'une réponse différente soit indiquée dans d'autres circonstances. Toujours est-il que, en la présente espèce, les Parties ont l'une et l'autre reconnu à demi-mot la pertinence des trois affaires principalement visées (*Phosphates du Maroc, Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie et Droit de passage*) et la que Cour est fondée à y voir un accord entre ces deux Etats quant à la portée de leurs obligations conventionnelles mutuelles, et à donner à cet accord le poids qu'il mérite en application des principes généraux de la convention de Vienne.

7. Plus à propos, toutefois, est le fait que, lorsqu'elle conclut (conclusion quelque peu discrétionnaire, comme je l'ai indiqué plus haut) que les faits ou situations essentiels que le présent différend «concerne» sont antérieurs à 1980 — la date critique en vertu de la convention européenne —, la Cour se fonde sur l'argument selon lequel les tribunaux

to hear the *Pieter van Laer Painting* case, were doing no more than continuing their consistent line of jurisprudence. I say, "bases itself on the argument", but I could equally well have said "concludes", because the point at issue, it will readily be apparent, is a critical element, perhaps even the crucial element, in the chain of reasoning that leads the Court, in paragraphs 50-52 of the Judgment, to uphold Germany's second preliminary objection, and on that basis to dismiss Liechtenstein's Application.

8. The argument in question is, of course, one that was vigorously advanced by Germany in both the written and the oral pleadings. My disappointment lies in the uncritical way in which the Court has adopted this argument as its own. The Court has failed, on the one hand, properly to distinguish the argument into its component parts, and compounded the lapse by then failing to subject these component parts — crucial as they are to its chain of reasoning — to adequate scrutiny.

9. As I see it, the argument that there was nothing new in the position taken by Germany in respect of the *Pieter van Laer* painting resolves itself logically into these three propositions: first, that there has been consistency in the jurisprudence of the German courts in respect of issues relating to the confiscation of German external property (at least since the entry into force of the Settlement Convention in 1955); second, that the tenor of these decisions has been compelled by the terms of the Settlement Convention (in other words, that the German courts have had no option but to decide as they did); and third, that it is simply these decisions of the German courts on their own that has served to generate the present dispute.

10. In my considered view, each one of those three propositions is open to serious question. As to the first issue (consistency of jurisprudence), the argument advanced by Germany before the Court has been more a matter of assertion than of demonstration. Germany says that its courts have consistently held, since well before the critical date, that they lacked the competence to hear claims in respect of property confiscated under the Beneš Decrees and similar foreign measures. Liechtenstein has contested this assertion, notably in Appendix I to the Liechtenstein Written Observations, which contains a schedule listing the key court cases heard in Germany in the period 1953-1991<sup>1</sup>. One could have wished, indeed one would have been entitled to expect, that Liechtenstein had been at greater pains to show the Court in detail what issues the German courts had actually been confronted with, and how exactly those issues had been dealt with. An attempt of my own to follow through the court decisions listed in Appendix I, including those which neither Party has

---

<sup>1</sup> The Appendix also contains an account of the views expressed in the German scientific literature which (if the account given is an accurate one) reveals anything but a settled view among the leading commentators that the question of the application of the Settlement Convention to neutral property had been settled by the earlier court decisions; quite the contrary.

allemands, en décidant de ne pas connaître de l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*, n'ont fait que suivre leur jurisprudence antérieure constante. Je dis «se fonde sur l'argument», mais j'aurais tout aussi bien pu dire «conclut», car cette question litigieuse, comme nous le verrons bien, est un élément très important, voire l'élément clé, du raisonnement qui amène la Cour, aux paragraphes 50 à 52 de son arrêt, à retenir la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne et, sur ce fondement, à rejeter la requête du Liechtenstein.

8. Cet argument, bien sûr, a été vigoureusement défendu par l'Allemagne tant dans ses écritures qu'à l'audience. Ma déception découle de la manière dont la Cour fait sien cet argument sans se poser de questions. Tout d'abord, elle n'a pas distingué comme elle aurait dû le faire entre les différents éléments qui le composent, puis elle a aggravé cette omission en ne soumettant pas ensuite ces éléments — pourtant de la plus haute importance pour son raisonnement — à un examen suffisamment critique.

9. A mes yeux, l'argument selon lequel il n'y avait rien de nouveau dans la position adoptée par l'Allemagne à l'égard du tableau de Pieter van Laer se ramène logiquement à trois propositions: premièrement, la jurisprudence des tribunaux allemands sur les questions relatives à la confiscation des avoirs allemands à l'étranger (du moins depuis l'entrée en vigueur de la convention sur le règlement en 1955) était constante; deuxièmement, la teneur de cette jurisprudence était dictée par les termes de la convention sur le règlement (autrement dit, les tribunaux allemands n'avaient pas la liberté de prendre d'autres décisions que celles qu'ils ont prises); troisièmement, ce sont ces seules décisions qui ont eu pour effet de faire naître le présent différend.

10. Après mûre réflexion, j'estime que chacune de ces propositions est très contestable. Pour ce qui est de la première (le caractère constant de la jurisprudence), l'argumentation avancée par l'Allemagne relève plus de l'affirmation que de la démonstration. L'Allemagne dit que ses tribunaux ont constamment jugé, depuis une époque bien antérieure à la date critique, qu'ils n'avaient pas compétence pour examiner les réclamations portant sur des biens confisqués en application des décrets Beneš et d'autres mesures similaires prises à l'étranger. Le Liechtenstein a réfuté cette assertion, notamment dans l'appendice I de ses observations écrites, qui contient un tableau énumérant les principales affaires jugées en Allemagne entre 1953 et 1991<sup>1</sup>. On aurait pu souhaiter, on était même en droit d'attendre, que le Liechtenstein déploie davantage d'efforts pour montrer en détail à la Cour quelles étaient réellement les questions qui avaient été portées devant les tribunaux allemands et de quelle manière précise elles avaient été tranchées. Lorsque, comme j'ai essayé de le faire, on pousse jusqu'au

<sup>1</sup> L'appendice contient également un compte rendu des vues exprimées par la doctrine allemande, qui montre (s'il est fiable) que les commentateurs les plus éminents étaient très loin de convenir que la question de l'application de la convention sur le règlement aux biens neutres avait été tranchée par la jurisprudence antérieure; tout au contraire.



thought fit to translate into the Court's official languages, suggests strongly that in fact it took some years before the German courts settled into the totally *non possumus* stance they now maintain, which in itself implies that there was nothing inevitable about it. There are clear indications in early decisions by the highest courts (e.g., the *AKU* case of 1956, extracts from which are contained in Annex 2 to the Respondent's Preliminary Objections) that room was consciously being left open for the argument to be made in appropriate future cases that the Settlement Convention did not apply, or even that it *should not be applied*<sup>2</sup>. In other cases dating from the same period, there are clear indications of the highest courts recognizing that they were perfectly entitled to distinguish between different items of property in order to determine whether the régime of the Settlement Convention (or, as the case may be, its predecessor, Allied High Commission Law No. 63) did or did not come into play (e.g., the decisions of three separate supreme courts of 1955, 1957 and 1958 listed as serials 2, 4 and 5 in the table in the Appendix referred to above). Even in the proceedings in the *Pieter van Laer Painting* case itself in the 1990s, there is repeated discussion in the lower courts about the preconditions that need to be met before the Settlement Convention<sup>3</sup> is applied (e.g., *Landgericht Köln*, Memorial, Annex 28, esp. pp. A260 *et seq.* and A264 *et seq.*, and *Oberlandesgericht Köln*, Memorial, Annex 29, esp. pp. A303 *et seq.*). Even the rejection of the Reigning Prince's appeal by the Federal Constitutional Court is on the basis that the lower courts had *decided* that the expropriation of his property was a measure effected against German external assets within the meaning of the Settlement Convention (Memorial, Annex 32, p. A356). And in the pleading by Germany before the European Court of Human Rights one encounters once again a discussion of the requirements, aims and purposes of Chapter Six that belies the bald proposition that the hands of the German courts were simply tied in advance (Memorial, Annex 36, pp. A423 *et seq.*).

---

<sup>2</sup> In a pair of judgments handed down in July 1957 (which were not cited to the Court by either Party) the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) decided not to apply Article 3 of Chapter Six of the Convention to certain elements of confiscations carried out, respectively, by the Netherlands and under the Beneš Decrees, specifically as German property, notwithstanding that Article 3 was recognized as applying to German assets in Germany. In the second of these decisions, the court expressly based itself on its own assessment of the intentions of the Allied Occupying Powers, i.e., that their intention was not to cover the particular confiscation in question. Both decisions are readily accessible in *International Law Reports*, Vol. 24, pp. 31 and 35 respectively.

<sup>3</sup> Which had by then been made permanent by the arrangements reached in 1990 on a Final Settlement over Germany, of which more below.

bout l'analyse de la jurisprudence allemande qui figure dans l'appendice I, y compris des décisions que ni l'une ni l'autre des Parties n'a jugé bon de traduire dans les langues officielles de la Cour, on constate qu'il a fallu en réalité plusieurs années aux tribunaux allemands pour se mettre d'accord sur le *non possumus* absolu qu'ils opposent systématiquement aujourd'hui, ce qui porte à croire que cette position n'avait rien d'inévitable. Il ressort clairement des premières décisions prises par les plus hautes juridictions (par exemple, l'arrêt *AKU* rendu en 1956, dont des extraits sont reproduits à l'annexe 2 des exceptions préliminaires soulevées par le défendeur) qu'elles avaient sciemment maintenu ouverte la possibilité de soutenir à l'avenir, dans les affaires qui s'y prêteraient, que la convention sur le règlement ne s'appliquait pas, et même *qu'elle ne devait pas être appliquée*<sup>2</sup>. Il ressort clairement d'autres affaires contemporaines que les plus hautes juridictions se sont reconnues parfaitement en droit de faire une distinction entre différents biens pour déterminer si le régime de la convention sur le règlement (ou, le cas échéant, le régime antérieur instauré par la loi n° 63 du Conseil de la haute commission alliée) était ou non pertinent (voir, par exemple, les décisions prises par trois cours suprêmes différentes en 1955, 1957 et 1958, portant les numéros 2, 4 et 5 dans le tableau qui se trouve dans l'appendice susmentionné). En l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer* elle-même, dans les années 1990, la question des conditions devant être réunies pour que s'applique la convention sur le règlement<sup>3</sup> a été à plusieurs reprises examinée par les juridictions inférieures (voir, par exemple, *Landgericht Köln*, mémoire, annexe 28, notamment p. A260 et suiv. et A264 et suiv., et *Oberlandesgericht Köln*, mémoire, annexe 29, notamment p. A303 et suiv.). Même le rejet du recours formé par le prince régnant devant la Cour constitutionnelle fédérale était fondé sur le fait que les juridictions inférieures avaient jugé que l'expropriation de son bien était une mesure prise contre des avoirs allemands à l'étranger au sens de la convention sur le règlement (mémoire, annexe 32, p. A356). Et, dans le mémoire déposé par l'Allemagne auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, on retrouve encore une analyse des conditions, des fins et des buts du chapitre sixième, qui réfute l'argument sans nuance selon lequel les tribunaux allemands avaient les mains complètement liées (mémoire, annexe 36, p. A423 et suiv.).

<sup>2</sup> Dans deux arrêts rendus en juillet 1957 (qu'aucune des Parties n'a cités devant la Cour), la Cour fédérale allemande de justice (Bundesgerichtshof) a décidé de ne pas appliquer l'article 3 du chapitre sixième de la convention à certains éléments des confiscations opérées, respectivement, par les Pays-Bas et en application des décrets Beneš, et précisément à des biens allemands, alors même que l'article 3 était reconnu comme s'appliquant aux avoirs allemands en Allemagne. Dans la seconde de ces décisions, la Cour fédérale allemande de justice s'est expressément fondée sur sa propre appréciation des intentions des puissances alliées occupantes, à savoir que celles-ci n'avaient pas entendu régir la confiscation précise en cause. Ces deux décisions peuvent être facilement consultées dans la revue *International Law Reports*, vol. 24, p. 31 et 35, respectivement.

<sup>3</sup> Ces conditions avaient entre-temps été fixées définitivement par les accords conclus en 1990 relatifs au règlement définitif concernant l'Allemagne, sur lesquels je vais revenir.

11. As to the second issue (the constraining force of the Settlement Convention), one appreciates of course that under the German Constitution, as under those of many other States, treaties duly concluded are self-executing and fall to be applied directly by the courts. This is, to all appearances, how the German courts have treated Chapter Six of the Settlement Convention, or at least how they have treated its Articles 2 and 3, since the obligation in Article 5 (to compensate the owners of confiscated property) seems not to have been regarded as self-executing, but to have depended on parliamentary legislation; and, as the Court heard in argument, the corresponding legislation excluded the payment of compensation to non-German owners. All that said, however, and granted the proposition that Articles 2 and 3 of Chapter Six of the Settlement Convention were intended to be self-executing, it remains hard for any sophisticated jurist to understand why a treaty provision requiring respect for "measures . . . carried out with regard to German external assets or other property, seized for the purpose of reparation or restitution" compels the conclusion that it applies equally to *non-German* property<sup>4</sup>; or (to put the proposition in its more developed form) why it requires the German courts to follow, without enquiry of any kind, the qualification placed on a confiscation by the confiscating State. Or, even if one accepts the proposition in that more developed form, why it requires the German courts to do what they do *without* any demonstration of the qualification placed on the property by the confiscating State, because any such demonstration (even if one had been available in the *Pieter van Laer Painting* case, which on the evidence it was not: cf. Memorial, Annex 28, pp. A265 *et seq.*) would have been outside the competence of the German courts to receive.

12. The justification for what I have called above this totally *non possumus* stance is stated over and over again to be that this was the intention behind the Settlement Convention (or, as the German argument has it, of the Three Western Powers in imposing the Settlement Convention), namely to prevent any German court or authority from enquiring into any confiscation in any manner whatsoever. That brings me however to the first of the two Great Silences in the case, both of which I regard as highly significant for its proper disposal.

13. If it was the intention of the Three Powers to impose a *universal* preclusion, against all comers, of the kind described above, it can surely be a presumed intention only. No evidence was offered to this Court to show that that was indeed the actual intention behind Chapter Six of the Settlement Convention. But would it not be strange in the extreme to

---

<sup>4</sup> With the consequence that it cannot therefore have been lawfully seized for the purposes of reparation or restitution.

11. Pour ce qui est de la deuxième question (la force contraignante de la convention sur le règlement), on sait bien que la Constitution allemande, à l'instar de celles de nombreux autres Etats, dispose que les traités conclus en bonne et due forme sont d'application directe et qu'il échet aux tribunaux de les appliquer directement. Et c'est, selon toute apparence, ce que les tribunaux allemands ont fait avec le chapitre sixième de la convention sur le règlement ou du moins avec ses articles 2 et 3 — ils semblent en effet avoir considéré l'obligation énoncée à l'article 5 (indemniser les propriétaires de biens confisqués), non pas comme étant d'application directe, mais comme nécessitant l'adoption d'une loi par le Parlement et, comme il a été dit à la Cour lors des plaidoiries, cette loi a exclu l'indemnisation des propriétaires non allemands. Malgré tout, et en admettant que les articles 2 et 3 du chapitre sixième de la convention sur le règlement aient été d'application directe, le juriste averti a toujours du mal à comprendre pourquoi il faudrait conclure d'une clause d'un traité exigeant que soient respectées les « mesures ... prises à l'égard des avoirs allemands à l'étranger ou des autres biens saisis au titre des réparations ou des restitutions » que cette clause s'applique également aux biens *non* allemands<sup>4</sup>, ou (pour énoncer la proposition sous une forme plus développée) pourquoi cette disposition obligerait les tribunaux allemands à suivre, sans se poser la moindre question, la qualification donnée à une confiscation par l'Etat qui en est l'auteur. Ou encore, même si l'on accepte la proposition sous cette forme plus développée, pourquoi cette disposition imposerait aux tribunaux allemands d'agir ainsi *sans* démonstration de la justesse de la qualification donnée aux biens par l'Etat auteur de la confiscation, au motif que les tribunaux allemands n'auraient pas eu compétence pour recevoir une telle démonstration (à supposer qu'elle ait été faite en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*, ce qui n'est pas le cas au vu du dossier: voir mémoire, annexe 28, p. A265 et suiv.).

12. Il a été dit et répété maintes fois, pour justifier ce que j'ai appelé plus haut ce *non possumus* absolu, que l'intention de la convention sur le règlement (ou, selon la thèse de l'Allemagne, l'intention des trois puissances occidentales en imposant la convention sur le règlement) était bien celle-ci: empêcher toutes les juridictions ou autorités allemandes de s'interroger de quelque manière que ce soit sur les confiscations. J'en arrive à l'un des deux « grands silences » de notre affaire, silences qui, selon moi, revêtent tous deux une grande importance pour un règlement correct en l'espèce.

13. Que l'intention des trois puissances ait été d'imposer de manière *universelle*, à l'égard de tous, une interdiction de ce genre, cela n'est assurément qu'une simple supposition. Aucune preuve que telle ait bien été l'intention sous-tendant le chapitre sixième de la convention sur le règlement n'a été produite devant la Cour. Mais ne serait-il pas fort singulier

<sup>4</sup> La conséquence étant que ces biens ne pouvaient en droit être saisis au titre des réparations ou des restitutions.

suppose that the Three Powers *could* have intended to protect from all scrutiny confiscations that clearly went outside the scope of the reparations régime laid down by them jointly with their wartime Allies, especially confiscations carried out at the expense of neutral States, towards whom they themselves owed the legal obligations arising out of neutrality, and with whom they maintained friendly relations after the War? And, if one looks at the reported decisions of the German courts themselves, can one discern the slightest sign of a detailed enquiry having been made into what the actual intentions behind the Settlement Convention were? I, for my part, find no indication whatever of a *prise de position* being sought from, or given by, the German Government on that question in any of these domestic legal proceedings. Nor *a fortiori* has this Court been given even a hint that the German Government had sought (and received), at any point in time, confirmation from their Allies and co-Contracting Parties of the interpretation Germany was giving to their common treaty, and specifically not when the issue of *neutral* property arose four-square in respect of the Pieter van Laer painting. Nor, by the same token, is there any sign of any such evidence as to the intentions (common intentions) of the Contracting Parties to the Settlement Convention having been presented by the German authorities to their own courts at the time when the jurisprudence of the latter was taking shape.

14. In other words, this Court is now being asked to proceed on the basis of the proposition that the victorious Allies, in their eagerness to ensure that their former enemy should not be in a position to question measures taken by them against enemy property, were completely indifferent to any risk that this régime might be applied to the detriment of neutral (i.e., non-enemy) property; and that, a full ten years later, the three Western Allies, for their part, forced such a conclusion on a reluctant Germany (by then "Federal Republic of Germany"). The proposition is, to put it mildly, counter-intuitive, and yet it is offered up in a formal judicial context without the slightest element of positive proof to sustain it! Surely it must be the case that, if the question *had* been put (in either its negative or its positive form), say to the Three Powers during the negotiation of the Settlement Convention, the answer would have been obvious. Anything else would carry with it the supposition that the Three Powers consciously intended to breach *their own* obligations towards States whose neutrality they had recognized during the War.

15. In brief, no sooner does one proceed to probe beneath the surface of some of the propositions advanced in this case than one encounters the uneasy feeling that what has been presented to the Court as the inevitable and inescapable consequences of a régime imposed on Germany in fact seems more than likely to have contained along the way some elements of conscious choice by organs of the German State. This is not — of course — to say that the choices made were bad or ignoble ones, or that

de supposer que les trois puissances aient *pu* vouloir soustraire à tout examen des confiscations qui manifestement ne relevaient pas du régime des réparations qu'elles avaient instauré conjointement avec leurs alliés de guerre, en particulier des confiscations opérées au détriment d'Etats neutres, envers lesquels ces puissances avaient elles-mêmes les obligations juridiques découlant du statut de neutralité, et avec qui elles entretenaient des relations amicales après la guerre? Et, à la lecture des décisions rendues par les tribunaux allemands eux-mêmes, peut-on discerner le moindre signe indiquant qu'un examen approfondi ait été fait pour rechercher les véritables intentions qui sous-tendaient la convention sur le règlement? Pour ma part, je ne trouve dans aucune de ces procédures judiciaires internes une quelconque indication que le Gouvernement allemand aurait été invité à prendre position sur cette question, ou qu'il l'aurait fait. La Cour n'a, *a fortiori*, pas davantage entendu ne serait-ce qu'une allusion au fait que le Gouvernement allemand aurait, à un moment quelconque, demandé (et reçu) de ses alliés et des autres parties à la convention la confirmation de l'interprétation faite par l'Allemagne de ce traité qu'ils avaient conclu ensemble, et en particulier au moment où s'est spécifiquement posée la question des biens neutres à propos du tableau de Pieter van Laer. Rien n'indique non plus qu'une telle preuve des intentions (des intentions communes) des Etats parties à la convention sur le règlement ait été produite par les autorités allemandes devant leurs propres tribunaux à l'époque où la jurisprudence de ces derniers a pris forme.

14. Autrement dit, il est maintenant demandé à la Cour de se fonder sur la proposition que, d'une part, les alliés victorieux, soucieux de s'assurer que l'ennemi d'hier ne pourrait pas mettre en cause certaines mesures prises par eux contre des biens ennemis, n'avaient cure du risque que ce régime puisse s'appliquer au détriment de biens neutres (c'est-à-dire non ennemis) et que, d'autre part, les trois alliés occidentaux, de leur côté, imposèrent exactement dix ans plus tard cette solution à une Allemagne (devenue entre-temps la « République fédérale d'Allemagne ») peu enthousiaste. Voilà une proposition qui, c'est le moins que l'on puisse dire, ne s'impose pas à l'esprit, et pourtant elle est avancée dans un cadre judiciaire officiel et sans l'ombre d'une preuve concrète pour l'étayer! Il est absolument certain que, si la question *avait* été posée (sous sa forme négative ou sous sa forme positive) aux trois puissances par exemple, lorsqu'elles négociaient la convention sur le règlement, la réponse aurait été évidente. Il faudrait dans le cas contraire supposer que les trois puissances entendaient sciemment violer *leurs propres* obligations envers les Etats dont elles avaient reconnu la neutralité durant la guerre.

15. En somme, à peine commence-t-on à gratter la surface de certaines des propositions avancées en l'espèce que l'on ne peut s'empêcher d'éprouver la désagréable impression qu'un état de choses présenté à la Cour comme la conséquence inévitable et inéluctable d'un régime imposé à l'Allemagne comporte aussi plus que probablement des éléments d'un choix conscient de la part des organes de l'Etat allemand. Je ne veux pas dire, bien entendu, que ces choix aient été mauvais ou odieux, ni qu'il y

there was any element of deliberate intention to damage the interests of third States. But that is not the issue. The issue, as it presents itself in this case, is what steps ought to have followed once it became clear that this was going to be the *result* of the positions that had been taken by Germany. And that, on all the evidence in the case, including that marshalled by the Court in support of the Respondent's second preliminary objection, did not become clear until the 1990s, well after the critical date under the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes.

16. It is that which brings me to the last of my three issues — and at the same time to the second of the Great Silences in this case.

17. The third issue I identify in paragraph 9 above goes to the question whether it is simply the decisions by the German courts over the years that were the real cause of the dispute which has been brought before this Court. Let us assume for a moment, for the purposes of argument, that (contrary to what I have shown above) the German courts did in fact have no other option open to them when the *Pieter van Laer Painting* case came before them. The question is: does the matter stop there? And the answer to that question appears plainly from the fact that the complaint by Liechtenstein is directed at the *adoption* of that position by the German Government in its international relations, and its interposition as a bar to any possibility of paying compensation to Liechtenstein or its citizens as a result (cf. paragraphs 19 and 20 of the Application instituting these proceedings). That is something which the Court, quite correctly in my view, recognizes by implication in paragraphs 25 and 26 of the Judgment. But, having recognized it, the Court fails to follow through. For, if what triggered this dispute was the realization that Germany, against all expectation, was going to take the position that its treaty obligations to the Three Allies precluded, absolutely and permanently, compensation for the confiscation of Liechtenstein property, then that was a state of affairs (I deliberately avoid the problematical phrase "fact or situation") that — so it seems to me — falls exactly within the framework of the *Right of Passage* Judgment, and ought at the least to have warned the Court off what I regard as the facile conclusion that the present dispute "relates to" the Beneš Decrees, for the purposes of applying Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes. It will be recalled that, in the *Right of Passage* case, the Court found that it was not in a position to pronounce on what were the "situations or facts" to which the dispute related until it had heard full argument on the substance, and accordingly joined the preliminary objection to the merits (*Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 125). The Court's reasoning for so doing (*ibid.*, pp. 151-152) bears a strong resemblance to the circumstances of the present case.

18. I pause at this point to observe that the conclusions I draw in the preceding paragraph are ones that, in my view, impose themselves simply

ait eu en aucune façon une intention délibérée de nuire aux intérêts d'États tiers. Mais là n'est pas la question. La question, telle qu'elle se présente en l'espèce, est de savoir ce qui aurait dû être fait une fois qu'il était devenu clair que tel allait être le *résultat* des positions prises par l'Allemagne. Et, au vu de l'ensemble des pièces versées au dossier, y compris de celles que la Cour a choisies pour retenir la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne, ce résultat n'est apparu clairement qu'à partir des années 1990, bien après la date critique aux termes de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends.

16. J'en arrive ainsi à la dernière de mes trois questions — et par la même occasion au second des grands silences de notre affaire.

17. La troisième question que j'ai posée au paragraphe 9 concerne le point de savoir si les décisions prises au fil des ans par les tribunaux allemands constituent à elles seules la cause réelle du différend dont la Cour est saisie. Supposons un instant, pour les besoins de l'argumentation, que (contrairement à ce que j'ai démontré ci-dessus) les tribunaux allemands n'aient en effet pas eu le choix lorsqu'ils furent saisis de l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer*. La question se pose alors : les choses doivent-elles en rester là ? Et la réponse à cette question ressort à l'évidence du fait que les griefs formulés par le Liechtenstein visent l'*adoption* de cette position par le Gouvernement allemand dans ses relations internationales et l'obstacle ainsi élevé contre toute possibilité d'indemnisation du Liechtenstein ou de ses ressortissants (voir les paragraphes 19 et 20 de la requête qui a introduit la présente instance). C'est ce que la Cour, fort justement selon moi, reconnaît implicitement aux paragraphes 25 et 26 de l'arrêt. Mais, ayant reconnu cela, la Cour ne va pas jusqu'au bout de son raisonnement. En effet, si le fait générateur du différend a été la prise de conscience que l'Allemagne, contre toute attente, allait adopter pour position que ses obligations conventionnelles envers les trois alliés lui interdisaient, de manière absolue et définitive, d'indemniser les propriétaires de biens liechtensteinois confisqués, on se trouve alors devant un état de choses (j'évite délibérément l'expression problématique « fait ou situation ») qui, me semble-t-il, s'inscrit exactement dans le cadre de l'arrêt rendu en l'affaire du *Droit de passage*, ce qui aurait dû au moins amener la Cour à se garder de la conclusion — facile selon moi — que, aux fins de l'application de l'alinéa a) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends, le présent différend « concerne » les décrets Beneš. Rappelons que, en l'affaire du *Droit de passage*, la Cour a conclu qu'elle n'était pas en mesure de se prononcer sur ce qu'étaient les « situations ou faits » sur lesquels portait le différend avant d'avoir entendu l'ensemble des arguments de fond, et qu'elle a donc joint l'exception préliminaire au fond (*Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 125). L'analogie est frappante entre le raisonnement tenu alors par la Cour (*ibid.*, p. 151-152) et les circonstances de la présente espèce.

18. Je marque ici une pause pour faire observer que les conclusions que je tire au paragraphe précédent s'imposent, à mon avis, sans qu'il y



on the contours of the case. They do not in any sense depend either on there having been a prior understanding between Liechtenstein and Germany (with regard to neutral property) or on a supposed "change of position" by Germany. Both of these propositions I regard as red herrings, and the fact that they were introduced by the Applicant itself into its argument does not make them any the less so. The Court is quite right to dispose of them — on the facts. But the Court, once again, stops short there, without going on to look carefully enough at whether the logic of the Applicant's case really *does* require it to establish one or both of these propositions. To be sure, the Court does admit, in paragraph 49 of the Judgment, that Liechtenstein might be able to establish its case *ratione temporis* by showing that (I quote in full) "German courts, by applying their earlier case law under the Settlement Convention for the first time to Liechtenstein property, applied that Convention 'to a new situation' after the critical date". But I regret to say that the purport of that Delphic utterance remains closed to me.

19. To my mind it is perfectly clear that the main conclusion which Liechtenstein asks the Court to draw does not depend on either the "prior understanding" or the "change of position" as a precondition. Indeed, one might almost say that there was something of the perverse in insisting that, in order to show that the essential facts generating the dispute are dated *after* 1980, you must first establish their link to things dating *before* 1980. In my view it suffices entirely to show that Germany *first* took an explicit position over neutral assets in relation to the post-war confiscations after 1980, in order to bring the case squarely within the view taken by the Court in the *Right of Passage* case. To say, as the Court does in paragraph 51 of the Judgment, that the issue addressed by the German courts in the *Pieter van Laer Painting* case "cannot be separated from the Settlement Convention and the Beneš Decrees" is no doubt true — so far as it goes — but it is not the question that arises for the purpose of deciding whether the facts of the present case fit this Court's prior jurisprudence.

20. What, then, of the second Great Silence? If the German answer to the Liechtenstein claim, i.e. that it was the powerless agent of an obligation imposed upon it by the Three Powers, is to be subjected to critical examination — as in my opinion it manifestly must be — it has first to be broken down into its two component parts. To do so requires some further creative interpretation of my own, in the absence of any proper argument on either point by either Party before the Court. But I believe I do no more than tease out the inner logic when I say that this argument depends upon the following: (a) that Germany was entitled (i.e. legally entitled) to oppose its obligations (i.e. its claimed obligations) under the Settlement Convention to Liechtenstein, which was not a party to that treaty; (b) that there was no *novus actus interveniens* in the arrange-

ait à déborder du contour général de cette affaire. Elles ne dépendent en aucune manière de l'existence d'une entente antérieure entre le Liechtenstein et l'Allemagne (au sujet des biens neutres) ou d'un « changement de position » supposé de l'Allemagne. J'estime que ces deux propositions ne font que brouiller les cartes, et le fait que ce soit le demandeur lui-même qui les a introduites dans son argumentation n'y change rien. C'est fort justement que la Cour les écarte — sur la base des faits. Mais, là encore, elle ne va pas assez loin et n'examine pas avec suffisamment d'attention si la logique de la thèse du demandeur lui impose *réellement* d'établir le bien-fondé de l'une de ces propositions, ou des deux. La Cour admet bien, au paragraphe 49 de l'arrêt, qu'il serait possible au Liechtenstein d'établir le bien-fondé de sa thèse *ratione temporis* en démontrant que (je cite intégralement) « les tribunaux allemands, en appliquant pour la première fois à des biens liechtensteinois leur jurisprudence antérieure fondée sur la convention sur le règlement, ont appliqué ladite convention « à une situation nouvelle » après la date critique ». Mais j'ai le regret de dire que la signification de ces paroles sibyllines m'échappe.

19. A mon avis, il est tout à fait clair que la conclusion principale que le Liechtenstein demande à la Cour de tirer ne suppose l'existence ni d'une « entente antérieure », ni d'un « changement de position ». Et même, on pourrait trouver qu'il y a un certain paradoxe à soutenir que, pour montrer que les faits générateurs essentiels du différend sont *postérieurs* à 1980, il faut d'abord établir qu'ils se rattachent à des événements *antérieurs* à cette même année. Selon moi, la démonstration du fait que c'est *seulement* après 1980 que l'Allemagne a pris expressément position au sujet des biens neutres en relation avec les confiscations d'après-guerre suffit amplement pour que l'on applique à notre affaire le raisonnement suivi par la Cour en l'affaire du *Droit de passage*. Dire, comme le fait la Cour au paragraphe 51 de son arrêt, que la question examinée par les tribunaux allemands en l'affaire du *Tableau de Pieter van Laer* « ne saur[ait] être dissocié[e] de la convention sur le règlement ni des décrets Beneš » est — en soi — sans aucun doute exact, mais ce n'est pas la question qu'il faut se poser aux fins de déterminer si les faits de la présente espèce entrent dans le cadre de cette jurisprudence antérieure de la Cour.

20. Et que dire alors du second grand silence ? S'il faut soumettre à un examen critique la réponse de l'Allemagne aux griefs du Liechtenstein, à savoir qu'elle était un agent impuissant dans l'exécution d'une obligation qui lui avait été imposée par les trois puissances — et pour moi un tel examen est manifestement nécessaire —, il faut d'abord en séparer les deux éléments constitutifs. Pour ce faire, je vais devoir me livrer moi-même à une nouvelle interprétation créative, puisque ni l'une ni l'autre des Parties n'a fait valoir devant la Cour de véritable argument sur ce point. Mais je me borne, je crois, à faire ressortir la logique interne de cet argument en disant qu'il repose sur les deux propositions suivantes : premièrement, l'Allemagne pouvait (à bon droit) opposer ses obligations (alléguées) découlant de la convention sur le règlement au Liechtenstein,

ments in 1990 which brought about the Final Settlement with respect to Germany.

21. These constituent propositions have only to be stated in order to see how open to question both of them are.

22. Proposition (*a*) stands in obvious conflict with the *pacta tertiis* rules in Articles 34 and 35 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which certainly reflect the customary international law on the subject. Yet the German argument before the Court simply parrots that Germany had to follow its obligations (sc. towards the Three Powers) under the Settlement Convention, as if it was obvious (including, presumably, to all third States) that Germany would oppose this Convention to non-parties, to the detriment of the latter, and without regard to the elementary proposition that a State cannot, by contracting with a second State, absolve itself of its obligations towards a third State (for the application of which rule in the treaties field, cf. Article 30 of the Vienna Convention). And if the contradiction is glaring enough as it stands, how much more glaring still must it be when what is sought to be imposed on the third State is not even what the treaty, on its natural meaning, seems to say!

23. It is however proposition (*b*) that raises the more profound questions — at least in the context of the present Judgment. The relevant treaty provisions, Chapter Six of the Settlement Convention, were self-evidently the subject of conscious attention, if not in the Four-plus-Two negotiations themselves, then certainly when Germany and the *Three Powers* negotiated the Exchange of Notes of 27/28 September 1990, since they formed the explicit subject-matter of part of its paragraph 3. Of utmost significance is the fact that those parts of Article 3 of Chapter Six that preclude claims were prolonged, and in effect made permanent, whereas the obligation in Article 5 to pay compensation was extinguished; this notwithstanding the inescapable conclusion that the Allies, in negotiating the Settlement Convention at the time, must have regarded the obligation to pay compensation in Article 5 as the necessary counterpart to Article 3. No evidence has been offered to the Court — by either Party — as to how or why the Settlement Convention was dealt with in this particular way; presumably evidence of that kind was not accessible to the Applicant (other than the shreds in paragraphs 3.54 and 5.56 of the Memorial), but the evidence must most certainly be in the possession of the Respondent. Be that as it may, it is hard to imagine any possible reason why this carefully calibrated metamorphosis of Chapter Six can have been at the insistence of the *Three Powers*. If *per contra* there are grounds for the assumption that the perpetuation of the one obligation and the extinction of the other was procured by *Germany*, for its own benefit, then that must surely have a substantial effect on one's view of the case. On the one hand, because the Allies had specifically intended the régime of the Settlement Convention to be a temporary expedient only,

alors que celui-ci n'était pas partie à cet instrument; deuxièmement, les accords conclus en 1990, qui ont conduit au règlement définitif concernant l'Allemagne, ne constituaient pas un *novus actus interveniens*.

21. Il suffit d'énoncer ces deux propositions pour voir à quel point elles sont l'une et l'autre contestables.

22. La première proposition se heurte à l'évidence aux règles sur l'effet relatif des traités énoncées aux articles 34 et 35 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflètent sans conteste le droit coutumier en la matière. Pourtant, en guise d'argumentation devant la Cour, l'Allemagne se contente de répéter mécaniquement qu'elle devait se conformer à ses obligations (envers les trois puissances) découlant de la convention sur le règlement, comme s'il allait de soi (y compris, apparemment, pour tous les Etats tiers) que l'Allemagne opposerait cette convention aux Etats non parties, à leur détriment, et en faisant fi du principe élémentaire selon lequel un Etat ne peut, en concluant un traité avec un autre Etat, se soustraire aux obligations auxquelles il est tenu à l'égard d'un Etat tiers (sur l'application de cette règle dans le domaine des traités, voir l'article 30 de la convention de Vienne). Et si la contradiction est assez flagrante en soi, combien davantage lorsque ce que l'on cherche à imposer à l'Etat tiers n'est même pas ce que le traité, en son sens naturel, semble dire!

23. C'est cependant la seconde proposition qui soulève les questions les plus graves — du moins dans le cadre du présent arrêt. Il va sans dire que les dispositions conventionnelles pertinentes du chapitre sixième de la convention sur le règlement ont fait l'objet d'une attention particulière, sinon dans les négociations sur le traité Deux-plus-Quatre lui-même, du moins certainement lorsque l'Allemagne et les *trois puissances* négocièrent l'échange de lettres des 27 et 28 septembre 1990, puisque ces dispositions sont expressément reprises dans le paragraphe 3 de cet échange de lettres. Ce qui est capital, c'est que les dispositions de l'article 3 du chapitre sixième qui font obstacle aux réclamations furent prorogées, et même rendues définitives, alors que l'obligation d'indemnisation énoncée à l'article 5 fut abolie, tout cela en dépit de la conclusion inévitable que les alliés, à l'époque où ils avaient négocié la convention sur le règlement, considéraient forcément l'obligation d'indemnisation énoncée à l'article 5 comme la contrepartie nécessaire de l'article 3. Ni l'une ni l'autre des Parties n'a donné à la Cour la moindre information permettant de comprendre pourquoi ou comment le sort de la convention sur le règlement fut ainsi scellé: vraisemblablement, le demandeur n'avait pas accès à ces informations (à part les bribes d'explications que l'on trouve aux paragraphes 3.54 et 5.56 du mémoire), mais en toute certitude le défendeur les avait en sa possession. Quoi qu'il en soit, on voit mal pour quelle raison cette métamorphose savamment calibrée du chapitre sixième serait due à l'insistance des trois puissances. Si, au contraire, il y a des raisons de penser que la perpétuation d'une obligation et l'extinction de l'autre ont été obtenues par l'Allemagne dans son propre intérêt, cela ne peut qu'avoir des effets sensibles sur la manière de considérer l'affaire. D'une part,

pending a final regulation of the reparations question, as Article 1 of Chapter Six recites. On the other hand, because it can certainly not be asserted that Germany was in the powerless position it claims to have been in in 1952/1955, and thus to have had to accept through gritted teeth in 1990 whatever its Western partners chose to impose upon it. But, in the very specific context of the present Judgment, the events of 1990 may be more than "substantial" in their effects; they may be decisive. Why? Because they may suggest a wholly different analysis of what represents "the source or real cause" of this dispute, and one which, without any doubt, does not fall within Article 27 (a) of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes, on which the Court has chosen to rest its decision.

24. At all events, much of what I say in the preceding paragraph remains, for the moment, at the level of inference or supposition, in the absence of proper evidence or argument about what *did* happen in 1990. That in turn suggests, yet again, that the Court was not in a position adequately to assess, on the material available to it at the present stage of the case, whether the second preliminary objection was, or was not, well founded. If so, the accepted way to deal with the situation would be to join the objection to the merits, as foreseen in paragraph 9 of Article 79 of the Rules.

25. Since I would not therefore have upheld the second preliminary objection as denying the Court *in limine* the jurisdiction to hear the case, it is incumbent on me to say something about the remaining four preliminary objections. This I can do very briefly. I do not propose to say anything about the third, fourth and sixth objections; they seem to me devoid of any substantial merit. The fifth objection, however, relating to the absence before the Court of an indispensable third party, is a serious one, and would have required the Court's serious attention, as a matter going to the *admissibility* of the case, had the Court upheld its *jurisdiction* to hear it.

26. This is not the place for a lengthy excursus on a question which, in the event, does not figure in the Judgment of the Court at all. For my part, I am in the company of those who experience difficulty in following the Court's reasoning in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru*. It is however enough to say that that case, taken together with the classic pronouncements of the Court in the *Monetary Gold* case, establishes that the test is whether the determination of the rights or obligations of the absent third State would be a "necessary precondition" to the Court disposing of the dispute before it. This is something on which the Parties in the present case appear to be in agreement. It goes without saying, though, that that test cannot be applied until it is established what the dispute is. The Court has now made its objective determination of the subject-matter of the dispute between the Parties (a determination with

parce que, selon les intentions expresses des alliés, le régime instauré par la convention sur le règlement n'était qu'un palliatif adopté dans l'attente du règlement définitif de la question des réparations, comme il est dit à l'article 1 du chapitre sixième. D'autre part, parce que l'on ne peut vraiment pas prétendre que l'Allemagne était encore en 1990 dans la position d'impuissance qui, selon ses dires, était la sienne en 1952/1955 et qu'elle avait donc dû accepter en serrant les dents tout ce que ses partenaires occidentaux avaient jugé bon de lui imposer. Mais, dans le contexte très particulier du présent arrêt, les effets des événements de 1990 sont peut-être plus que «sensibles»: ils sont sans doute décisifs. Pourquoi? Parce que ces événements peuvent conduire à une analyse toute différente de ce qui constitue «l'origine ou la cause réelle» du présent différend, analyse qui, sans aucun doute, sort du cadre de l'alinéa *a*) de l'article 27 de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends sur lequel la Cour a choisi de fonder sa décision.

24. Quoi qu'il en soit, une bonne partie des remarques que j'ai faites au paragraphe précédent ne sont pour l'instant que des déductions ou des suppositions, faute de preuves ou d'arguments adéquats sur ce qui s'est *réellement* passé en 1990. Cela montre, une nouvelle fois, que la Cour n'était pas en mesure, sur la base des pièces versées au dossier à ce stade de l'instance, de se prononcer en connaissance de cause sur le bien-fondé de la deuxième exception préliminaire. Dans un cas comme celui-là, la méthode consacrée serait de joindre l'exception au fond, comme le prévoit le paragraphe 9 de l'article 79 du Règlement.

25. Puisque, pour ces raisons, je n'aurais pas retenu la deuxième exception préliminaire comme faisant obstacle *in limine litis* à la compétence de la Cour pour connaître de l'affaire, il m'appartient de dire un mot des quatre autres exceptions. Je serai très bref. Je ne dirai rien du tout de la troisième, de la quatrième et de la sixième: elles me semblent entièrement dénuées de fondement. Mais la cinquième exception, qui concerne l'absence devant la Cour d'une tierce partie indispensable, est sérieuse, et la Cour aurait eu à y consacrer une grande attention pour juger de la *recevabilité* de l'affaire, si elle avait conclu à sa *compétence* pour connaître de celle-ci.

26. Ce n'est pas ici le lieu pour faire de longs développements sur une question qui, de toute façon, n'est évoquée nulle part dans l'arrêt de la Cour. Quant à moi, je suis de ceux qui éprouvent quelque difficulté à suivre le raisonnement de la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire de *Certaines terres à phosphate à Nauru*. Je me contenterai cependant de dire que cet arrêt-là, analysé conjointement avec ce qu'a dit plus classiquement la Cour en l'affaire de l'*Or monétaire*, établit que le critère est de savoir si la détermination des droits et obligations de l'Etat tiers absent serait une «condition nécessaire» du règlement par la Cour du différend dont elle est saisie. C'est un point sur lequel les Parties semblent s'accorder en l'espèce. Il va toutefois sans dire que ce critère ne peut être appliqué avant que l'objet du différend qui oppose les Parties ait été établi. La Cour s'étant prononcée objectivement sur celui-ci (et je m'associe respec-

which I respectfully agree), and, in the light of that determination, it seems to me clear that the settlement of that dispute does not in any sense require the Court first to pronounce on whether the Beneš Decrees as such, or particular confiscations undertaken pursuant to any of those Decrees, were or were not lawful (in the particular sense of infringing the rights of Liechtenstein under international law). To the extent that it might, however, be felt that the final answer to that question was not yet sufficiently clear at this stage of the argument in the case, that would of itself suggest that the objection was not one of an exclusively preliminary character, and ought therefore to be joined to the merits, as with the second preliminary objection (para. 23 above).

27. Having reached the above conclusions, I feel it necessary to add some final remarks.

28. The first of these is the fairly elementary observation, which harks back to the remark in paragraph 4 above, that the decision by the Court that it has no jurisdiction to hear this case does not of itself resolve the dispute between the two States. To the contrary, the Court has now found that Liechtenstein and Germany are in dispute with one another, that the dispute is a legal dispute, and has made its own objective determination of what the subject-matter of the dispute is. Some element of *res judicata* doubtless attaches to those findings. One may assume that the matter will not rest there. The leader of the German delegation to the bilateral consultations in June 1999 recognized that a solution needed to be found, whether by judicial decision or otherwise. To have had that unresolved dispute — whatever its merits or demerits — settled by decision of this Court, if necessary by some form of *ad hoc* understanding between the disputants not to contest jurisdiction, would have been an entirely civilized way to handle the matter, one in accordance with the honourable traditions of both States, and, needless to say, entirely within the spirit of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes. But other methods, of an equally civilized character, remain open to them as well.

29. The second observation may be thought a little more pointed, so I preface it by saying with all emphasis that it is not offered in a critical spirit. One cannot read the papers in this case without the feeling that, faced with the undoubtedly difficult and highly sensitive issue of the Beneš Decrees, the German courts have taken refuge behind the Settlement Convention (and previously Allied High Commission Law No. 63), and that then the German Government has taken refuge behind the German courts. That position, understandable as it may be in relation to the confiscation of *German* property, is not a proper way of dealing with the question of neutral property confiscated as if it were German. It is all too easy to portray Chapter Six of the Settlement Convention as if it were simply a heavy burden imposed upon an unwilling Germany. But the truth is that Chapter Six also served to *protect* the newly founded German State by absolving it of co-responsibility for the confiscations, and at the same time absolving its courts from the invidious task of having to

tueusement à ce qu'elle a dit), il me semble dès lors évident que le règlement de ce différend ne requiert en aucune manière que la Cour statue d'abord sur la question de savoir si les décrets Beneš eux-mêmes, ou telle ou telle confiscation opérée en application de ceux-ci, étaient licites ou non (plus précisément, s'ils portaient atteinte aux droits reconnus au Liechtenstein en vertu des normes internationales). Si, cependant, on pouvait penser que la réponse définitive à cette question n'était pas encore suffisamment claire à ce stade de l'argumentation, cela suffirait à montrer que l'exception n'était pas de caractère purement préliminaire et devait donc être jointe au fond, au même titre que la deuxième exception préliminaire (voir paragraphe 23 ci-dessus).

27. Etant parvenu à ces conclusions, j'estime nécessaire d'ajouter quelques observations finales.

28. Ma première observation, assez élémentaire, renvoie à ce que je disais au paragraphe 4 ci-dessus: la décision de la Cour de se déclarer incompétente pour connaître de l'affaire ne règle en rien le différend qui oppose les deux Etats: au contraire, la Cour a maintenant conclu qu'il existe un différend entre le Liechtenstein et l'Allemagne et qu'il s'agit d'un différend juridique, dont elle a elle-même déterminé objectivement la portée. Nul doute que ces conclusions revêtent dans une certaine mesure l'autorité de la chose jugée. Il y a tout lieu de penser que l'affaire n'en restera pas là. Le chef de la délégation allemande dans les négociations bilatérales de juin 1999 a reconnu qu'une solution devait être trouvée, par la voie judiciaire ou autrement. Faire trancher par la Cour ce différend non résolu — indépendamment de son bien-fondé —, au besoin en vertu d'un accord *ad hoc* par lequel les Parties au litige seraient convenues de ne pas contester la compétence de la Cour, aurait été une manière de procéder parfaitement civilisée, conforme aux meilleures traditions des deux Etats et, cela va sans dire, tout à fait dans l'esprit de la convention européenne pour le règlement pacifique des différends. Mais d'autres voies, tout aussi civilisées, leur restent encore ouvertes.

29. Ma deuxième observation risque d'être jugée un peu plus sévère, c'est pourquoi j'insiste tout de suite sur le fait que je ne la présente pas dans un esprit critique. On ne peut lire le dossier de cette affaire sans avoir le sentiment que, confrontés à la question indéniablement difficile et éminemment délicate des décrets Beneš, les tribunaux allemands se sont retranchés derrière la convention sur le règlement (et avant cela derrière la loi n° 63 du Conseil de la haute commission alliée) et que le Gouvernement allemand s'est ensuite retranché derrière ces tribunaux. Cette attitude, si compréhensible qu'elle puisse être s'agissant des confiscations de biens *allemands*, n'est pas justifiée lorsqu'il s'agit de statuer sur la question des biens neutres confisqués en tant que biens allemands. Il est bien trop facile de présenter le chapitre sixième de la convention sur le règlement simplement comme un lourd fardeau imposé à son corps défendant à l'Allemagne. La vérité est que le chapitre sixième a aussi permis de *protéger* l'Etat allemand nouvellement créé en l'exonérant de sa coresponsa-



sit in judgment on a flood of complaints from its citizens about the treatment visited on their property abroad. Yet the counterpart to this protection for Germany — the necessary element for its completion — must surely have been, quite intentionally, the obligation to compensate laid down in Article 5 of that same Chapter (with no apparent limitation, it may be remarked, to German citizens at all). To lay claim to the one while disclaiming the other is surely a position that requires re-examination. One can only hope that even now some such re-examination may be possible.

30. My last observation of all goes back to the remark at the beginning of this opinion that Liechtenstein's claim in this case is a very unusual one, requiring, shall we say, a degree of legal creativity. That is however a question going to its *merits*. It is hard to resist the conclusion that the Respondent — and, dare one say it, in due course the Court itself — has allowed the difficulty it experiences in weighing the prospective legal merits of the claim to become transmuted into an issue *in limine*. However imaginative the claim, it deserved a hearing, and the Court could with ample justification have achieved just that by joining the second and fifth preliminary objections to the merits.

(Signed) Franklin BERMAN.

bilité pour les confiscations, et en exonérant en même temps ses tribunaux de la tâche ingrate de statuer sur une avalanche de réclamations formées par ses ressortissants au sujet du traitement subi par leurs biens à l'étranger. Mais la contrepartie attendue de l'Allemagne — le complément indispensable de cette protection — était très certainement l'obligation d'indemnisation qui est énoncée à l'article 5 de ce même chapitre (et qui, on le notera, ne semble absolument pas limitée aux ressortissants allemands). Se prévaloir de l'une tout en refusant l'autre est assurément une attitude qui demande à être révisée. On ne peut qu'espérer qu'une telle révision reste encore un tant soit peu possible aujourd'hui.

30. La dernière de mes observations renvoie à celle que je faisais au début de mon opinion: la demande formulée par le Liechtenstein en l'espèce est très inhabituelle et requiert, dirons-nous, une certaine créativité juridique. C'est cependant une question qui relève du *fond*. Il est difficile de ne pas céder à la conclusion que le défendeur — et, oserons-nous le dire, la Cour elle-même à son tour — a laissé la difficulté qu'il avait à apprécier si la demande pouvait être fondée en droit se transformer en une question *in limine litis*. La cause, pour originale qu'elle soit, méritait d'être entendue, et c'est justement ce que la Cour aurait été amplement fondée à faire en joignant au fond les deuxième et cinquième exceptions.

(Signé) Franklin BERMAN.