

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

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. 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

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 1991¹. 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

¹ 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.

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*². 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 règlement³ 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.).

² 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.

³ 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. 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* allemands⁴, 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

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

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

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

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,

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,

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-

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-

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.