

OPINION DISSIDENTE DE M. BADAWI,  
VICE-PRÉSIDENT

Je suis d'accord sur les décisions de la Cour en ce qui concerne les exceptions 1, 3, 4 et 5, sans toutefois souscrire à certains aspects de la motivation de ces décisions.

Je regrette cependant de ne pouvoir me rallier à celles relatives aux exceptions 2 et 6 que j'estime justifiées. Chacune de ces deux exceptions suffit pour exclure la compétence de la Cour pour connaître du différend relatif au droit de passage.

\* \* \*

La deuxième Exception a trait à l'introduction prématurée de la requête portugaise du 22 décembre 1955.

La déclaration du Portugal a été déposée auprès du Secrétaire général le 19 décembre, mais les pleins pouvoirs du représentant de cet État n'ont été signés à Lisbonne que le 20 et n'ont été remis au Secrétaire général que le 21.

Donc, la déclaration a beau avoir été présentée le 19 décembre, elle n'a été régulièrement déposée que le 21.

Mais la requête a été introduite devant la Cour le 22 décembre. Le Gouvernement de l'Inde a pu, par ses propres investigations, découvrir l'existence de la déclaration vers la fin de décembre, mais le Secrétaire général ne l'a transmise aux États qu'au cours du mois de janvier 1956 (le 19).

L'Inde fonde son exception sur le défaut d'égalité, de mutualité et de réciprocité, mais ces fondements ne sont pour l'Inde que les conséquences du caractère consensuel des déclarations. A mon avis, ces conséquences n'apportent à l'argument tiré du caractère consensuel aucune force supplémentaire. Je m'en tiens donc à ce caractère consensuel, base de cette exception.

On s'accorde à reconnaître qu'un État ne peut être soumis à une juridiction internationale que de son consentement. Le système de déclaration, tout ingénieux qu'il soit pour vaincre certaines résistances et pour trouver une formule pratique et variable pour l'acceptation de la juridiction de la Cour sans une prescription directement et uniformément obligatoire, n'en est pas moins basé sur la notion du consentement.

Lorsque l'article 36 dit « de plein droit et sans convention *spéciale* », il souligne le caractère conventionnel des déclarations, qu'il confirme par la phrase « à l'égard de tout État acceptant la même obligation ». Ces formules excluent toute idée d'attribuer à la seule déclaration un caractère unilatéral et un effet obligatoire de ce chef.

DISSENTING OPINION  
OF VICE-PRESIDENT BADAWI

[*Translation*]

I am in agreement with the decisions of the Court on Objections 1, 3, 4 and 5, without, however, subscribing to certain aspects of the reasoning for those decisions.

I regret, however, that I cannot concur in the decisions relating to Objections 2 and 6, which I consider well-founded. Each of these Objections would be sufficient in itself to exclude the jurisdiction of the Court to deal with the dispute relating to right of passage.

\* \* \*

The Second Objection relates to the premature filing of the Portuguese Application of December 22nd, 1955.

The Portuguese Declaration was deposited with the Secretary-General on December 19th, but the Full Powers of the representative of that State were signed at Lisbon only on the 20th and were transmitted to the Secretary-General only on the 21st.

Therefore, although the Declaration was submitted on December 19th, it was properly deposited only on the 21st.

But the Application to the Court was filed on December 22nd. The Government of India, as a result of its own investigations, was able to discover the existence of the Declaration towards the end of December, but the Secretary-General did not transmit it to the States until January 1956 (the 19th).

India bases its Objection on the lack of equality, mutuality and reciprocity, but these bases are for India but the consequences of the consensual character of the Declarations. In my opinion, these consequences do not furnish any additional force to the argument based on that consensual character. I shall, therefore, confine myself to this consensual character, the basis of this Objection.

It is generally recognized that a State can be brought before an international tribunal only with its consent. The system of Declarations, however ingenious it may be as a means of overcoming certain hesitations and of finding a practical and variable formula for the acceptance of the jurisdiction of the Court without a rule which is directly and uniformly binding, is none the less based on the idea of consent.

When Article 36 of the Statute uses the words "*ipso facto* and without *special* agreement", it stresses the conventional character of Declarations and it confirms that character by the expression "in relation to any other State accepting the same obligation". These words make it quite impossible to attribute to a Declaration by itself a unilateral character and a binding effect on this ground.

On a prétendu que la Cour a, dans certains considérants de ses décisions, qualifié les déclarations comme des actes unilatéraux, mais l'examen de ces considérants montre que cette qualification n'a aucunement la signification que la déclaration liait par sa seule force les autres États. La Cour constatait simplement qu'aux fins de l'interprétation de ces déclarations leur origine unilatérale devrait être prise en considération.

Le Portugal ne conteste pas, du reste, le caractère consensuel du rapport juridique qui se forme entre les États qui ont souscrit à des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Mais il a soutenu que ce qui crée le lien consensuel entre ces États est la co-incidence de leurs déclarations ou, plus exactement, c'est la disposition de l'article 36, paragraphe 2, qui établit une réciprocité de droits et d'obligations entre les États acceptant la même obligation. Mais cette réciprocité ne peut créer l'accord. Elle peut en déterminer l'étendue. Mais ce qui crée l'accord ici, comme dans toute autre conjoncture, c'est toujours la notion classique de l'offre et de l'acceptation.

En effet, toute déclaration ne peut s'analyser qu'en une acceptation, par l'État qui la dépose, des déclarations des États qui l'ont précédé, et en une offre de sa part à ceux-ci. Cette analyse est particulièrement évidente lorsque la nouvelle déclaration contient des réserves nouvelles.

Or quel que soit, dans cette analyse, l'État qui offre ou celui qui accepte, il faut dans tous les cas que l'offre soit acceptée par l'État auquel elle est adressée. Cette acceptation, même considérée comme délimitée par la réciprocité, n'en est pas moins indispensable. Elle doit exister car elle est à la base de l'obligation qui en résulte pour ces États de se soumettre à la juridiction de la Cour. Peu importe que cette acceptation soit effective ou présumée, en vertu d'une construction juridique que la communication vaut acceptation, elle doit toujours être reconnue comme le seul fondement de la compétence de la Cour.

\* \* \*

Il va sans dire que le Secrétaire général n'est pas le destinataire de la déclaration qui est censée être adressée ou notifiée, par l'État qui la fait, aux autres États qui y ont déjà souscrit, pour que le contrat judiciaire se forme entre eux.

La notification des déclarations au Secrétaire général, ou son dépôt auprès de lui et son obligation de la communiquer aux autres États sont simplement destinés à remplacer la communication directe. Le Secrétaire général est donc un simple dépositaire chargé de la porter à la connaissance des autres États. En canalisant cette opération de communication dans les services du Secrétaire général, le Statut a uniquement cherché à en assurer l'accomplissement

It has been said that the Court has, in certain passages in its decisions, described Declarations as unilateral acts, but an examination of these passages shows that this description in no way signifies that a Declaration by itself and of its own force binds other States. The Court was simply indicating that for the purpose of interpreting such Declarations their unilateral origin should be taken into consideration.

Portugal, moreover, does not contest the consensual character of the legal relationship which is formed between States which have subscribed to Declarations accepting the compulsory jurisdiction of the Court. But it has argued that what creates the consensual bond between these States is the coinciding of their Declarations, or, more accurately, the provision of Article 36, paragraph 2, which establishes a reciprocity of rights and obligations as between the States accepting the same obligation. But that reciprocity cannot create the agreement. It may define its extent. But what creates the agreement here, as in every other meeting of wills, is always the basic idea of offer and acceptance.

Indeed, any Declaration can be analysed only into an acceptance, by the State depositing it, of the Declarations of those States which have preceded it and into an offer by it to them. This analysis is particularly evident when the new Declaration contains new reservations.

But whichever, in this analysis, is the State which offers and that which accepts, it is essential in each case that the offer should be accepted by the State to which it is addressed. This acceptance, even though it be regarded as delimited by reciprocity, is none the less indispensable. It must exist, for it is the basis of the resulting obligation upon these States to submit to the jurisdiction of the Court. It matters little whether the acceptance be actual or constructive, on the basis of a legal interpretation that communication is equivalent to acceptance, it must always be recognized as the only foundation for the jurisdiction of the Court.

\* \* \*

It goes without saying that the Secretary-General is not the ultimate recipient of the Declaration, which is deemed to be addressed or notified by the State making it to the other States which have already accepted the compulsory jurisdiction, so that a binding contract may be formed between them.

The notification of Declarations to the Secretary-General, or their deposit with him and his obligation to communicate them to other States, are merely intended to take the place of direct communications. The Secretary-General is thus a mere depository entrusted with the duty of bringing the Declarations to the knowledge of the other States. By channelling these communications through the office of the Secretary-General, the Statute

d'une manière efficace et régulière. Cette communication constitue une obligation spéciale du Secrétaire général prévue par l'article 36 du Statut.

Traduit dans la terminologie juridique, le système des déclarations constitue un contrat par correspondance entre l'État déclarant et les autres États par l'organe et l'intermédiaire du Secrétaire général qui, en l'occurrence, constitue un relais de transmission. Le conseil du Portugal a bien reconnu cette construction juridique, mais il a soutenu que le contrat serait formé par le seul dépôt auprès du Secrétaire général.

Il y a lieu à cet égard de rappeler que toute déclaration est à la fois une acceptation et une offre. L'offre du Portugal, contenue dans sa déclaration et adressée aux autres États, n'avait pas été acceptée par l'Inde, ni même communiquée à l'Inde.

\* \* \*

En ce qui concerne la formation des contrats par correspondance, les systèmes législatifs internes adoptent des positions variées. Les uns adoptent la théorie de la déclaration, d'autres celle de l'expédition. D'autres, enfin, considèrent que le contrat est conclu dans le lieu et le moment où l'auteur de l'offre a pris connaissance de l'acceptation — sans compter le système de la Cour de Cassation française qui considère que c'est une question de fait qui doit être déterminée suivant les circonstances de chaque espèce.

Le Portugal soutient que l'article 36 du Statut ne prévoit rien à ce sujet mais, obligé de reconnaître le caractère consensuel des déclarations comme une implication tacite du système, cherche à expliquer l'expression du consentement entre les États par la simple co-incidence de leurs déclarations. Or, en fait, cette co-incidence souvent fait défaut et, en tout cas, ne constitue que la mesure et l'étendue des obligations respectives des États.

Certes, le cas est nouveau et sans précédent. D'une manière générale, ni la doctrine ni la jurisprudence ne s'en sont occupées. Le cas actuel trahit le souci de faire une surprise et d'éviter les dénonciations ou exclusions éventuelles. Mais il n'atteint d'aucune manière le minimum des conditions exigées pour la formation d'un contrat.

La déclaration ayant été déposée auprès du Secrétaire général la veille de la requête, il aurait été inconcevable de supposer qu'il fût possible de la transmettre aux autres États dans les 24 heures. La déclaration est donc restée comme si elle n'avait pas encore été faite.

Il est oiseux et même inutile de discuter au sujet du moment où un consentement a pu exister, où un contrat a pu être considéré comme formé entre l'État déclarant et les autres. Quel que soit

was simply seeking to ensure communication in an efficient and regular way. This communication constitutes a special obligation of the Secretary-General which is provided for by Article 36 of the Statute.

Translated into legal terminology, the system of Declarations constitutes a contract by correspondence between the declarant State and the other States through the agency of the Secretary-General as an intermediary who, in these cases, constitutes a stage in the transmission. Counsel for Portugal indeed recognized the correctness of this legal construction, but he contended that the contract was formed by the mere deposit with the Secretary-General.

It is necessary in this connection to recall that every Declaration is itself an acceptance and an offer. The offer by Portugal, contained in its Declaration and addressed to the other States, had not been accepted by India or, indeed, communicated to India.

\* \* \*

With regard to the formation of contracts by correspondence, municipal legal systems adopt different positions. Some adopt the declaration theory; others the dispatch theory. Still others take the view that the contract is concluded at the time and place where the author of the offer becomes aware of its acceptance, and there is the further view, which is that of the French *Cour de Cassation*, that it is a question of fact which has to be decided in the light of the circumstances of each case.

Portugal contends that Article 36 of the Statute is silent on this point but, being obliged to recognize the consensual character of Declarations as a tacit implication of the system, it seeks to explain the expression of consent as between States by the mere coinciding of their Declarations. But, in fact, this coincidence is often lacking and, in any event, it constitutes only the measure and the extent of the respective obligations of the States.

It is true that the point is a new one and one for which there is no precedent. Generally speaking, the point has not been dealt with either in the writings of publicists or in judicial decisions. The present case reveals the desire that was felt to spring a surprise and thus to avoid the possibility of abrogation of or exclusion from a Declaration. But it fails wholly to satisfy the minimum conditions required for the formation of a contract.

Since the Declaration was deposited with the Secretary-General on the eve of the Application, it would have been impossible to suppose that it would be transmitted to the other States within 24 hours. The position therefore is the same as if the Declaration had not been made.

It is unnecessary and would indeed be useless to discuss the question of the moment at which consent may be said to exist, at which a contract may be regarded as having been formed between

ce moment, nous nous trouvons, en l'espèce, dans une situation qui, en tout état de cause et quel que soit le critère ou le moment que l'on adopte relativement à la formation du contrat par correspondance, est manifestement antérieure audit moment. Le cas se limiterait à une offre non encore expédiée.

\* \* \*

En invoquant l'article 36, paragraphe 2, du Statut pour démontrer que la déclaration produit son effet immédiatement et permet de saisir la Cour le lendemain de son dépôt, la Cour met l'accent sur l'expression « de plein droit », « *ipso facto* », mais en isolant cette expression de l'expression suivante: « et sans convention spéciale », qui la complète, l'intégrité de la pensée du Statut a été méconnue et rompue. Ce que le Statut a voulu prévoir, c'est qu'il n'y aura pas besoin, pour l'acceptation de la juridiction de la Cour, d'une convention *spéciale* (et je souligne le mot « spéciale ») entre chaque État et les autres États. Toutefois, comme la soumission à une juridiction internationale est essentiellement et éminemment d'ordre conventionnel, cette soumission résultera, d'après le Statut, de plein droit de la convention qui s'accomplit entre l'État déclarant et les autres États, par l'échange de la déclaration entre eux, échange dont le Statut a assuré l'opération par la double obligation: celle de l'État déclarant de la déposer auprès du Secrétaire général et celle de ce dernier de la communiquer aux autres États. La notion conventionnelle, tant en substance que dans la forme, a donc été rigoureusement observée dans le système de la clause facultative.

Mais le respect de cette notion aurait-il été possible sans le mécanisme classique de l'offre et de l'acceptation? Il est évident que les auteurs du Statut n'ont pu innover dans les conceptions juridiques. Or en dehors de ce mécanisme classique, il n'existe que le système de la théorie de la déclaration de la volonté et celui du contrat d'adhésion où la dualité de l'offre et de l'acceptation s'estompe. Mais très peu de législations connaissent le premier système, alors que le second ne présente aucune analogie avec la clause facultative.

En effet, alors que l'essence du contrat d'adhésion est l'uniformité, celle des déclarations est la variété et la diversité. Chaque déclaration exprime les conditions, les objectifs et la « *policy* » de l'État qui la fait. D'autre part, dans les contrats d'adhésion, l'une des parties se trouve en fait dans l'impossibilité de discuter les conditions du contrat. Elle est obligée de contracter et donne son adhésion à la volonté toute puissante de l'autre. On range dans cette catégorie, entre autres, le contrat de travail, le contrat de

the declarant State and the other States. Whatever that moment may be, the position in the present case is that, in any event, and whatever criterion or moment may be adopted with regard to the formation of a contract by correspondence, it was prior to that moment. The present case is similar to one in which there is an offer which has not yet been dispatched.

\* \* \*

In relying upon Article 36, paragraph 2, of the Statute to say that a Declaration produces its effects immediately and makes it permissible to seize the Court the day after it is deposited, the Court puts the emphasis on the expression "*ipso facto*", "*de plein droit*", but by isolating that expression from the following expression "and without special agreement", which completes it, the complete idea contained in the Statute has been dismembered and disregarded. What the Statute sought to provide was that there should be no need, for the acceptance of the jurisdiction of the Court, of a *special* agreement (I stress the word "special") between each State and the other States. However, since submission to an international tribunal is essentially and pre-eminently conventional in character, such submission, in accordance with the Statute, is to result *ipso facto* from the convention which comes into being between the declarant State and the other States by the exchange of Declarations between them—an exchange the operation of which is ensured by the Statute through a dual obligation: that of the declaring State to deposit it with the Secretary-General and that of the latter to communicate it to the other States. The notion of a convention has thus been strictly observed both in substance and in form in the Optional Clause system.

But would it have been possible to preserve this idea without the operation of the classical notion of offer and acceptance? It is obvious that the authors of the Statute could not have brought about innovations in legal concepts. But apart from this classical mechanism, there remains only the theory of the declaration of the will and that of the contract by accession in which the dual elements of offer and acceptance become merged. Very few legal systems, however, recognize the first theory, whereas the second has no points of analogy with the Optional Clause.

Indeed, whereas the essential feature of the "adherence" or "accession" contract is uniformity, that of Declarations is variety and diversity. Each Declaration expresses the conditions, the purposes and the policy of the State which makes it. Furthermore, in "adherence contracts" one of the parties in fact is in a position in which it is impossible to discuss the terms of the contract. It is obliged to contract and gives its adherence to the all powerful will of the other. In this category are included, *inter alia*, contracts of



transport, celui d'assurance. Quelle analogie peut exister entre ces contrats et les déclarations d'acceptation de juridiction?

\* \* \*

On a cité également le cas de conventions collectives ou multilatérales dans lesquelles l'État qui y accède assume par sa seule accession la qualité de partie à la convention, bénéficiant des droits que la convention confère et soumis aux obligations qu'elle prescrit, sans égard à l'acceptation des autres États. Mais la situation dans ce cas ne diffère pas de celle signalée dans les contrats d'adhésion des droits internes, puisque la convention est acceptée en bloc — telle quelle — et qu'elle demeure même ouverte aux accessions par la volonté de ses signataires.

On s'est prévalu, cependant, de l'avis de la Cour, du 28 mai 1951, sur les Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide. Mais tout d'abord, cet avis ne traite pas de la règle relative à l'adhésion aux conventions collectives; en outre, l'avis reconnaît qu'une réserve quelconque n'est valable que si elle est acceptée par tous les contractants sans exception, et que cette conception, directement inspirée de la notion du contrat, conserve une valeur de principe indéniable. L'avis donné par la Cour a, du reste, été expressément limité à la seule convention sur le génocide.

D'autre part, le système de la clause facultative, établi par l'article 36 du Statut, n'a rien de commun avec une convention collective. Il s'agit de déclarations individuelles, d'un type assez variable, qui, combinées par leur échange, constituent des conventions également variables, limitées par la réciprocité.

\* \* \*

On a invoqué la pratique des États qui dénoncent et renouvellent leurs déclarations avec la conviction que tant la dénonciation que le renouvellement prennent effet immédiatement et, d'une manière particulière, on a opposé l'attitude et la thèse de l'Inde sur le caractère prématuré de la requête à la formule adoptée par elle en ce qui concerne la dénonciation de sa propre déclaration du 7 janvier 1957, comme devant produire son effet immédiatement, pour dire que ce qui serait valable pour la dénonciation de la déclaration indienne devrait l'être également pour la déclaration portugaise.

Mais il est plus que contestable, à mon avis, que le mot « immédiatement » ait le pouvoir d'abolir la notion consensuelle pour

service, contracts for transport and for insurance. What analogy can there be between such contracts and Declarations accepting jurisdiction?

\* \* \*

Reference has also been made to the case of collective or multi-lateral conventions in which a State, by acceding thereto, assumes by its mere act of accession the capacity of a party to the convention, benefiting from the rights conferred by the convention and subject to the obligations which it prescribes independently of acceptance by other States. But the position in this case is no different from that referred to in "adherence contracts" under municipal legal systems, since the convention is accepted as a whole—as it stands—and since indeed it remains open to accessions by the will of its signatories.

Reliance has, however, been placed upon the Opinion of the Court of May 28th, 1951, on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. But, in the first place, this Opinion does not deal with the rule relating to adherence to collective conventions; furthermore, the Opinion recognizes that a given reservation is valid only if it is accepted by every one of the contracting parties and that this conception, directly inspired by the idea of contract, constitutes an undeniable principle. Moreover, the Opinion given by the Court was expressly limited to the Genocide Convention itself.

Furthermore, the Optional Clause system established by Article 36 of the Statute has nothing in common with a collective convention. It is concerned with individual Declarations, varying considerably in character, which, combined together by means of their mutual exchange, constitute conventions which are equally variable and limited by reciprocity.

\* \* \*

Reference has been made to the practice of States which denounce and renew their Declarations in the belief that both their denunciation and their renewal take immediate effect, and, in particular, the contrast has been pointed out between the attitude and the contentions of India with regard to the premature character of the Application and the formula adopted by that State with reference to its denunciation of January 7th, 1957, of its own Declaration, a denunciation which was to take immediate effect; and it has been argued that what applies to the denunciation of the Indian Declaration should likewise apply to the Portuguese Declaration.

But it is more than doubtful, in my opinion, whether the word "immediate" can have the effect of eliminating the consensual

la dénonciation du contrat d'acceptation de la juridiction de la Cour.

Dans les deux cas de formation de ce contrat et de sa dénonciation, les mêmes règles relatives à la nécessité de l'acceptation devraient s'appliquer.

\* \* \*

J'estime donc que la construction juridique qui, à la fois, répond aux éléments de fait du différend soumis à la Cour et est conforme au Statut, ne permet pas de dire qu'un accord a pu exister entre le Portugal et l'Inde sur l'acceptation de la juridiction de la Cour. La Cour serait donc incompétente pour connaître de la requête du 22 décembre 1955, sur la base de la deuxième Exception.

\* \* \*

La sixième Exception invoque la clause relative aux différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits postérieurs à cette date, l'exception *ratione temporis*.

Je laisse de côté la première phase où cette exception était dans un certain rapport de dépendance avec la cinquième Exception et où la portée de l'exception était vague, imprécise et hypothétique, pour m'en tenir à la forme définitive qu'elle a prise dans la phase de la réplique. Dans cette phase, comme dans les phases antérieures, les deux Parties ont invoqué en leur faveur, l'arrêt des *Phosphates* et celui de l'*Électricité de Sofia*, et chacun de s'appuyer sur la formule adoptée par la Cour permanente dans les deux décisions pour considérer la situation telle qu'il l'a décrite, comme *le fait générateur du différend*.

Dans les deux cas, *Phosphates* et *Électricité de Sofia*, on pouvait nettement distinguer le différend de la situation. Dans l'affaire des *Phosphates*, tant le différend que la situation qui l'a fait naître étaient, aux yeux de l'Italie, des actes illicites. Mais la Cour, faisant remonter la situation qui a engendré le conflit à 1920, date du dahir qui a établi le monopole des phosphates, a dû se déclarer incompétente puisque cette date est antérieure à la date de la ratification de la déclaration.

Dans l'affaire de Sofia, le Gouvernement bulgare a cherché à faire remonter le différend à une situation antérieure: à savoir les sentences arbitrales qui dataient d'avant la déclaration et qui auraient rendu la Cour incompétente; mais la Cour a constaté que ces sentences étaient reconnues par les deux parties comme obligatoires et que ce sont leurs applications postérieures à la déclaration qui étaient les faits générateurs des différends.

notion in respect of the denunciation of the contract by which the jurisdiction of the Court is accepted.

In the case both of the formation of this contract and of its denunciation, the same rules relating to the necessity for acceptance should be applied.

\* \* \*

I therefore consider that the juridical construction which both takes into account the factual elements of the dispute submitted to the Court and is in conformity with the Statute, does not make it possible to say that any agreement existed between Portugal and India with regard to acceptance of the jurisdiction of the Court. It would follow that the Court is without jurisdiction to deal with the Application of December 22nd, 1955, on the basis of the Second Objection.

\* \* \*

The Sixth Objection is based upon the provision relating to disputes arising after February 5th, 1930, with regard to situations or facts subsequent to that date; it is an objection *ratione temporis*.

I shall disregard the first phase in which this Objection bore a certain relationship of dependence with the Fifth Objection and in which the scope of the Objection was vague, imprecise and hypothetical, and I shall confine myself to the final form of the Objection, the form in which it was put forward in the oral reply. In this phase, as in the earlier ones, both Parties relied upon the Judgments in the *Phosphates* case and in the *Electricity Company of Sofia* case, and each relied upon the words used by the Permanent Court in the two decisions regarding the situation which it described as *the source of the dispute*.

In both the *Phosphates* case and the *Electricity Company of Sofia* case, there was a clear distinction between the dispute and the situation. In the *Phosphates* case, both the dispute and the situation which gave rise to it were, in the view of Italy, unlawful acts. But the Court traced back the situation, which gave rise to the conflict, to 1920, the date of the dahir establishing the phosphate monopoly, and it held itself without jurisdiction because that date was prior to the date of the ratification of the Declaration.

In the *Electricity Company of Sofia* case, the Bulgarian Government sought to trace back the dispute to an earlier date, namely, that of the arbitral awards made prior to the Declaration, in which case the Court would have been without jurisdiction; but the Court found that the awards had been recognized by both parties as being binding and that the question of their application after the date of the Declaration was the source of the disputes.

Dans le cas actuel, et bien que l'Inde ait prétendu que le différend serait antérieur à 1930, il se situe en 1954. Le Portugal admet cette date et c'est en fin juillet qu'il se cristallise.

Mais quel serait le fait ou la situation qui peut être considéré comme générateur du différend? Le Portugal, dans la dernière phase des plaidoiries, estime que « ce sont ceux qui *se sont traduits* par la rupture des communications avec les enclaves du fait de l'Union indienne en 1954 et par la persistance de cet état de choses. A un moment donné, l'Inde décida d'empêcher l'accès du Portugal à ses enclaves et mit en œuvre cette décision » (p. 236 du volume sur la procédure orale).

Dans une phase antérieure, le Portugal déclarait: « On sait comment ce différend a pris naissance. L'Union indienne, dans ses notes du 27 février 1950, du 14 janvier et du 1<sup>er</sup> mai 1953, a manifesté la prétention de mettre fin à la souveraineté du Portugal dans ses territoires de la Péninsule hindoustannique en se les incorporant. Ces notes constituent — comme il est dit au paragraphe 30 du mémoire — le « prélude des événements qui sont à la base de la présente action ». » (Même volume, p. 117.)

Selon cette thèse, la situation aurait commencé en 1950 et elle aurait engendré le différend de 1954.

Pour l'Inde, la situation remonte à 1818 et serait, par conséquent, antérieure à 1930.

Avant d'examiner la thèse indienne, on ne peut ne pas constater que le Portugal confond le différend et la situation. Le fait qu'il y a un point culminant dans un différend, à savoir 1954, n'empêche pas qu'il se compose de plus d'une étape, et c'est le Portugal, dans sa première plaidoirie, qui qualifie les notes de 1950 et 1953 comme « le prélude des événements qui sont à la base de la présente action ». Ce serait méconnaître le sens des « faits et situations » que d'y comprendre les développements du différend. Le différend a commencé dès 1950, et, comme c'est à la fois un différend politique et juridique, il a pris des formes variées et des phases successives.

En effet, s'agissant, du côté de l'Inde, d'un passage de tolérance, les difficultés ou avanies infligées par elle au Portugal, qui ont commencé en 1950 et culminé en 1954, ne seraient que les manifestations graduées du différend. Elles constituent le différend dès son début et jusqu'à sa fin, et non la situation qui l'a engendré.

Pour l'Inde, les faits et situations qui ont engendré le différend, ce sont ceux qui ont précédé la période 1950-1954 et qui remontent dans le passé, depuis 1818, c'est-à-dire pendant toute la période où le passage a été exercé.

C'est de cette situation au caractère ambigu et équivoque qu'est né le différend provoqué par les mesures prises en 1954. Il s'agit là,

In the present case, in spite of the fact that India claims that the dispute was prior to 1930, its real date is 1954. This is the date contended for by Portugal and it was at the end of July of that year that it became crystallized.

But what is the fact or the situation which can be regarded as the source of the dispute? Portugal, in the last phase of the oral arguments, expressed the view that "They are those *which were constituted* by the interruption of communications with the enclaves, brought about by the act of the Indian Union in 1954, and by the continuance of that state of affairs. At a given moment India decided to prevent access by Portugal to its enclaves and put that decision into effect" (p. 236 of the Oral Proceedings volume).

In an earlier phase, Portugal stated: "It is well known how this dispute came into existence. In its Notes of February 27th, 1950, and of January 14th and May 1st, 1953, the Indian Union manifested its claim to put an end to the sovereignty of Portugal over its territories in the Hindustan Peninsula by absorbing these territories. These Notes—as stated in paragraph 30 of the Memorial—constitute the 'prelude to the events which are the basis of the present action'." (Same volume, p. 117.)

According to this argument, the situation began in 1950 and gave rise to the dispute of 1954.

In the view of India, the situation must be traced back to 1818 and is consequently prior to 1930.

Before examining the Indian argument, it should be said that one cannot avoid the conclusion that Portugal is confusing the dispute and the situation. The fact that there is a culminating point in the dispute, namely, 1954, does not mean that it does not consist of more than one phase, and it was Portugal, in its first oral argument, which described the 1950 and 1953 Notes as "the prelude to the events which are the basis of the present action". To include within the words "facts and situations" the developments of the dispute would be to distort the meaning of those words. The dispute had already begun in 1950 and since it is both a political and legal dispute, it took various forms and passed through several stages.

In so far as India is concerned, since what is involved is merely passage on sufferance, the difficulties and obstacles which that country inflicted on Portugal, which began in 1950 and culminated in 1954, are but progressive manifestations of the dispute which constitute the dispute from its beginning until its end, and not the situation which gave rise to the dispute.

In the view of India, the facts and situations which gave rise to the dispute are those preceding the period 1950-1954, which go back into the past, to 1818, that is to say, the whole period during which passage was exercised.

It is out of this situation, with its ambiguous and equivocal character, that the dispute provoked by the measures taken in

en effet, d'une situation matérielle: autorisation de passage, qui aurait été entendue de manières différentes par chacune des Parties: l'Inde comme une tolérance ou « act of grace », et le Portugal comme un droit. En vérité, cette situation est effectivement susceptible de deux interprétations. Le passage ne serait incompatible avec aucune de ces deux interprétations. Même dans les conditions où il a été pratiqué, sous forme d'autorisations individuelles, il a davantage le caractère d'une tolérance. Conçu comme droit, de nombreux traits d'un droit y feraient défaut.

En effet, le caractère fragmentaire et individuel des demandes d'autorisations pour chaque transport, soumises à la discrétion de l'autorité à laquelle ces demandes sont adressées, exclut *prima facie* la conclusion qu'il existe un droit général, et exclut également que par la répétition de ces autorisations il s'est formé un droit de passage. Le droit de refuser à toute ou à chaque occasion le passage est présumé dans la nécessité d'une demande.

Quoi qu'il en soit, c'est une situation identique qui a existé avant comme après 1930, une situation d'équivoque qui a donné naissance au différend de 1954, lorsque l'Inde a estimé que certaines circonstances politiques justifiaient pour elle le refus définitif de cette tolérance. La longue durée de cette tolérance n'a aucune portée sur le caractère de ce passage, puisque faute de reconnaissance expresse d'un droit pendant cette longue période, l'équivoque n'a jamais cessé.

Il importe peu qu'un différend ait ou non éclaté expressément au sujet de cette situation, l'antériorité ne se rattache qu'à la situation et non au différend. La déclaration ne dit pas « concernant des différends antérieurs » mais « des faits ou situations antérieurs ». Elle s'applique donc, même si ces faits ou situations n'ont jamais fait l'objet de contestations entre les Parties.

\* \* \*

Toujours est-il que cette situation est antérieure à 1930, et, quelle que soit la valeur ou la validité des arguments que le Portugal peut invoquer en faveur de sa conception de ce passage comme droit, la seule vraisemblance de la conception de tolérance de l'Inde serait suffisante pour justifier l'exception *ratione temporis*.

Même s'il s'avérait à l'examen que la représentation que le Portugal se fait ou la construction juridique qu'il élabore de cette situation est correcte, cela ne changerait rien à l'antériorité de la situation qui, à elle seule et abstraction faite du fond de la question, suffit pour exclure le différend de la compétence de la Cour.

Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, il a suffi à la Cour de constater que l'acte qui faisait l'objet du litige entre la France et

1954 arose. What is here involved is a factual situation: the authorization of passage which was differently understood by each of the Parties: by India, as on sufferance or as an act of grace, and by Portugal, as a right. In reality, the situation is one susceptible of two interpretations. The exercise of passage would not be incompatible with either of those interpretations. In the actual conditions in which it was exercised, that is, by means of separate authorizations, it would appear rather to have been permitted on sufferance. Considered as a right, various elements of a right would appear to be lacking.

Indeed, the fragmentary and individual character of the requests for authorization in respect of each transport, subject to the discretion of the authority to which the requests were addressed, would *prima facie* exclude the conclusion that any general right did exist, and would likewise exclude the possibility that by the repetition of these authorizations a right of passage came into being. The right to refuse passage on any or every occasion is to be assumed from the necessity for a request.

However that may be, the situation which existed before 1930 was identical with that which existed afterwards, an equivocal situation which gave rise to the dispute of 1954, when India took the view that certain political circumstances justified it in finally refusing further to extend this sufferance. The lengthy duration of this sufferance has no bearing upon the character of this passage since, in the absence of any express recognition of right during this long period, there was no change in the equivocal position.

It matters little whether a dispute has or has not arisen expressly with regard to that situation, the priority of date is referable only to the situation and not to the dispute. The Declaration does not say "concerning prior disputes" but "prior situations or facts". It is therefore applicable even if those facts or situations have never given rise to differences between the Parties.

\* \* \*

The fact remains that this situation was prior to 1930, and whatever may be the validity and weight of the arguments adduced by Portugal in support of its conception of this passage as a right, the mere probability of India's conception of passage as on sufferance would be sufficient to justify the objection *ratione temporis*.

Even if it should appear on examination that the view which Portugal has formed or the legal construction which it puts upon this situation is correct, that would in no way alter the fact that the situation existed prior to 1930 and that fact, by itself, and irrespective of the merits of the question, is sufficient to exclude the dispute from the jurisdiction of the Court.

In the *Phosphates in Morocco* case, the Court considered it sufficient as a reason for holding itself without jurisdiction that the



l'Italie n'était qu'une application d'un dahir de 1920, date antérieure à la ratification de la déclaration française, pour se déclarer incompétente, sans avoir à examiner si ce dahir est ou non contraire aux engagements internationaux de la France.

En conséquence, à supposer même que le Portugal puisse réussir à établir qu'à la vérité il jouissait d'un droit, cette possibilité est complètement étrangère à la sixième Exception. Si la Cour avait rejeté cette exception, elle aurait donné à la déclaration indienne un effet rétroactif et aurait ainsi jugé une situation vieille de près de deux siècles.

\* \* \*

Il est édifiant à ce sujet de rappeler ce que la Cour permanente a dit dans l'affaire des *Phosphates*, comme explication de la raison d'être de cette exception « *ratione temporis* » :

« Si les termes qui expriment la limitation *ratione temporis* sont clairs, l'intention qui les a dictés n'en apparaît pas moins bien établie: en la formulant, on a entendu enlever à l'acceptation de la juridiction obligatoire tout effet rétroactif, soit pour éviter de façon générale de réveiller des griefs anciens, soit pour exclure la possibilité de voir déferés par requête à la Cour des situations ou des faits qui remontent à une époque où l'État mis en cause ne serait pas à même de prévoir le recours dont pourraient être l'objet ces faits et situations » (p. 24).

\* \* \*

Les faits et situations visés par la sixième Exception ne se confondent pas avec les titres sur lesquels se base le demandeur, et l'argument que les principes généraux du droit et la coutume générale seraient au-dessus et en dehors des dates n'a aucune pertinence en l'espèce.

Ces principes et coutume ne constituent pas une situation. Ils en seraient la justification. Or ce qui importe dans cette exception, c'est l'antériorité et non la légalité. Le fait ou situation, générateur du différend, a un rapport de causalité avec ce dernier. Les titres n'en ont pas et ne peuvent en avoir.

\* \* \*

La Cour a décidé de joindre cette exception au fond. Cette jonction est justifiée tantôt par les liens qui existeraient entre les faits y relatifs et ceux de la cinquième Exception, et tantôt par la nécessité de clarifier les origines du différend.

act, which was the subject of the dispute between France and Italy, was merely the application of a dahir of 1920, that is, a date earlier than the ratification of the French Declaration, and held that it was unnecessary to consider whether the dahir was or was not contrary to the international obligations assumed by France.

It follows that even if Portugal could succeed in showing that it did in reality enjoy a right, that possibility is wholly unconnected with the Sixth Objection. If the Court had rejected that Objection, it would have given retroactive effect to the Indian Declaration and would thus have adjudicated upon a situation some two centuries old.

\* \* \*

It is of interest in this connection to recall what the Permanent Court said in the *Phosphates* case as an explanation of the *raison d'être* of this objection "*ratione temporis*":

"Not only are the terms expressing the limitation *ratione temporis* clear, but the intention which inspired it seems equally clear: it was inserted with the object of depriving the acceptance of the compulsory jurisdiction of any retroactive effects, in order both to avoid, in general, a revival of old disputes, and to preclude the possibility of the submission to the Court by means of an application of situations or facts dating from a period when the State whose action was impugned was not in a position to foresee the legal proceedings to which these facts and situations might give rise" (p. 24).

\* \* \*

The facts and situations referred to in the Sixth Objection are not the same as the grounds on which the applicant relies, and the argument that the general principles of law and general custom are above and beyond dates is of no relevance in the present case.

These principles and custom do not constitute a situation. They might be a justification for a situation. But what is relevant to this Objection is priority of date, not legality. The fact or situation which is the source of a dispute has a causal connection with that dispute. Legal grounds have not, and cannot have, any such connection.

\* \* \*

The Court has decided to join this Objection to the merits. This joinder is said to be justified, on the one hand, by the connection between the facts relevant thereto and those relevant to the Fifth Objection, and, on the other hand, by the need to have further clarification of the origins of the dispute.

Mais, d'une part, cette exception est distincte et indépendante de la cinquième, et les faits qui en constituent les éléments n'ont rien de commun avec ceux de la cinquième.

D'autre part, il ne s'agit, pour retenir cette exception, que de constater le rapport entre le différend actuel et une situation antérieure qui y aurait donné naissance. Or les éléments de ce rapport existent dans la documentation actuelle et ont été suffisamment discutés par les Parties. Point n'est besoin, pour arriver à une conclusion au sujet de ce rapport, d'accumuler des faits ou de découvrir des faits nouveaux.

Pour toutes ces considérations, je conclus que le fait générateur du différend est la situation ambiguë et équivoque, résultant d'un système d'autorisations individuelles qui dépendent de la discrétion de l'autorité qui les accorde, et entendue de manière différente par les deux Parties. Cette situation a été déterminée ou influencée par des considérations politiques. Le différend est né lorsque, par suite d'une conjoncture politique différente, l'Inde a décidé de refuser de continuer ces autorisations.

Cette situation ayant existé depuis le commencement du siècle dernier, l'exception serait justifiée et la Cour incompétente de connaître du différend.

(Signé) A. BADAWI.

But, in the first place, this Objection is distinct from and independent of the Fifth Objection, and the facts which make up its elements have nothing in common with those pertaining to the Fifth Objection.

In the second place, in order to uphold this Objection, it is necessary only to perceive the relationship between the present dispute and a prior situation said to have given rise to it. But the elements of this relationship are to be found in the documents now before the Court and they have been sufficiently discussed by the Parties. There is no need, in order to reach a conclusion with regard to this relationship, to accumulate facts or to discover any new facts.

In view of all these considerations, I am of opinion that the source of the dispute is the ambiguous and equivocal situation, resulting from a system of individual authorizations depending upon the discretion of the authority granting them, which was understood in different ways by the two Parties. This situation was determined or influenced by political considerations. The dispute arose when, as a result of changed political circumstances, India decided to refuse to continue these authorizations.

This situation having existed since the beginning of the last century, I consider the Objection to be justified and the Court to be without jurisdiction to deal with the dispute.

*(Signed)* A. BADAWI.