

DISSENTING OPINION OF JUDGE CHAGLA

I regret that I am unable to agree with the conclusion arrived at by the majority of my colleagues. As the matter is of considerable importance, I think it necessary to give the reasons for my dissent.

There are two unique features in this case—one is the third condition in the Portuguese Declaration, and the other is that the Portuguese Application which started this case was filed within three days of the making of the Declaration and before the provision contained in the second part of Article 36 (4) of the Statute of the Court could be complied with. Neither of these aspects has ever been considered by this Court, and they both raise very important questions with regard to the jurisdiction of the Court.

Turning to the First Objection of India, it may be readily granted that the Optional Clause gives the widest freedom to a State which submits to the compulsory jurisdiction of the Court. This freedom is in two respects. A State has the right to define the categories of disputes which it is prepared to submit to the compulsory jurisdiction of the Court. It may make any reservation it likes and it may limit the categories to any extent that it desires. The other respect is that it can limit the time of the pendency of the Declaration. The Declaration may last two years, one year, six months, or even it could be terminable on mere notice. But the third condition of Portugal is an entirely different kind of reservation. It reserves the right to Portugal to alter and modify the scope of its Declaration during the pendency of that Declaration.

It was urged by India that this reservation was retroactive and it was open to Portugal to withdraw a pending litigation by having resort to this reservation. It is pointed out that the expression "from the date of the notification" used in the third condition only indicates the point of time from which the reservation becomes effective; it does not refer to its scope or ambit. There is no limitation placed by Portugal upon the extent of the reservation and, therefore, it is suggested that Portugal, under this third condition, reserves to itself the right of withdrawing a pending litigation before the Court. India is not without support in this interpretation. The reaction of Sweden to this condition was the same as India. (See Sweden's Note to the Secretary-General of the United Nations dated 23rd February, 1956.) Portugal replied to this Note by its Note of 5th July, 1956, in which it stated that this condition did not warrant the conclusion that the Portuguese

OPINION DISSIDENTE DE M. CHAGLA

[Traduction]

Je regrette de ne pouvoir me rallier à la conclusion adoptée par la majorité de mes collègues. Étant donné l'importance considérable de la question, j'estime nécessaire d'exposer les raisons de mon désaccord.

Cette affaire présente deux traits remarquables — d'abord, la troisième condition de la déclaration portugaise, ensuite le fait que la requête portugaise introductive d'instance a été déposée trois jours après qu'eut été souscrite la déclaration et avant qu'il ait été possible de se conformer à la disposition contenue dans la deuxième partie de l'article 36, paragraphe 4, du Statut de la Cour. Aucun de ces aspects n'a été examiné par la Cour, quoiqu'ils soulèvent tous les deux des questions très importantes à propos de sa juridiction.

En ce qui concerne la première exception de l'Inde, on peut facilement admettre que la disposition facultative donne une très grande liberté d'action à un État qui se soumet à la juridiction obligatoire de la Cour. Cette liberté existe sous deux aspects différents. Un État a le droit, d'une part, de définir les catégories de différends qu'il est disposé à soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour. Il peut faire toute réserve qu'il désire et il peut limiter les catégories dans la mesure où il l'entend. D'autre part, il peut limiter la durée de la déclaration. La déclaration peut être valable pour deux ans, un an, six mois, ou même elle peut être dénoncée par simple notification. Mais la troisième réserve portugaise est d'une nature tout à fait différente. Elle réserve au Portugal le droit de changer et de modifier le champ d'application de sa déclaration au cours de sa validité.

Il a été soutenu par l'Inde que cette réserve avait un caractère rétroactif et laissait au Portugal la faculté de retirer un litige pendant en ayant recours à cette réserve. On a fait remarquer que l'expression « à la date où elle aura été donnée » employée dans la troisième condition n'indique que le moment de l'entrée en vigueur de la réserve; elle ne se réfère ni à son champ d'application, ni à sa portée. Le Portugal ne limite pas l'étendue de la réserve et, pour cette raison, on a suggéré qu'aux termes de la troisième condition, le Portugal se réservait le droit de retirer un litige pendant devant la Cour. L'Inde n'est pas la seule à adopter cette interprétation. La réaction de la Suède devant cette réserve a été la même que celle de l'Inde. (Voir la note de la Suède au Secrétaire général des Nations Unies datée du 23 février 1956.) Le Portugal a répondu par une note du 5 juillet 1956 dans laquelle il a déclaré que cette condition ne justifiait pas la conclusion selon laquelle le Gouverne-

Government would be in a position to withdraw from the jurisdiction of the Court any dispute, or category of disputes, already referred to it. If the reservation is retroactive, then there can be no dispute that the reservation is bad. On the other hand, it must be borne in mind that a court must always lean against giving retroactive or retrospective effect to an instrument, the more so when such an interpretation is likely to invalidate the instrument and to deprive a tribunal of its jurisdiction. Even if the language of the reservation is susceptible of this interpretation, if the other interpretation is possible, the Court would rather give the interpretation to the instrument which would render it valid and which would not deprive this Court of its jurisdiction.

But whatever interpretation the Court places upon this condition, it must be an interpretation based upon the language used in the instrument itself. No assistance can be sought from the *ex post facto* and *ex parte* statement made by Portugal to which reference has been made by which it attempted to clarify and elucidate its own Declaration. No canon of construction is more firmly established than the one which lays down that the intention of a party to an instrument must be gathered from the instrument itself and not from what the party says its intention was.

But even if no retroactive effect can be given to Portugal's Declaration, it suffers from a defect, which, in my opinion, is fatal. Once a reservation is made with regard to categories of disputes which are submitted to the compulsory jurisdiction of the Court, categories over which the Court has jurisdiction must be specified and defined. The jurisdiction of the Court with regard to these categories of disputes must be finally accepted when the Declaration is made.

It is futile to try and draw a distinction between the Portuguese reservation and the right to terminate a Declaration at any time. It was suggested in the course of the arguments that, in the latter case, a State can put an end to its obligation to submit to the compulsory jurisdiction of the Court with regard to all categories of disputes, while, in the former case, a more limited right was reserved by Portugal in that it could only limit the scope of its obligation. This argument is specious. In the latter case, by terminating the Declaration, the juridical bond between a declarant State and the other State comes to an end. The State no longer adheres to the Optional Clause and is not liable to the compulsory jurisdiction of the Court with regard to any matter. In the former case, the juridical bond continues. In the latter case, both the right to bring a dispute before the Court and the obligation to submit to the jurisdiction of the Court come to an end. In the former case, the right remains and the State can put an end to the obligation with regard to any dispute at its own discretion.

Distinguished authors have regretted the continuous decline of the Optional Clause, and it is the duty of the Court to prevent any

ment portugais pourrait retirer à la juridiction de la Cour tout différend, ou catégorie de différends, à elle déjà soumis. Si la réserve a un caractère rétroactif, il est alors incontestable qu'elle est mauvaise. D'autre part, il faut se souvenir qu'un tribunal doit toujours avoir tendance à ne pas donner un effet rétroactif ou rétrospectif à un texte, et cela surtout quand cette interprétation est susceptible d'en entraîner la nullité et de priver un tribunal de sa juridiction. Même si le texte de la réserve se prête à cette interprétation, le tribunal devrait, si l'autre interprétation est possible, préférer celle qui rend le texte valable et qui ne prive pas le tribunal de sa juridiction.

Mais, quelle que soit l'interprétation donnée par la Cour à cette condition, elle doit se fonder sur l'énoncé même du texte. On ne peut faire appel à la déclaration *ex post facto* et *ex parte* du Portugal qui a été invoquée et par laquelle ce pays a essayé de clarifier et d'élucider sa propre déclaration. Il n'existe pas de règle d'interprétation plus fermement établie que celle qui stipule que l'intention d'une partie à un instrument doit être dégagée de l'instrument lui-même et non pas de l'intention que la partie déclare avoir eue.

Mais, même si la déclaration du Portugal ne peut pas avoir de caractère rétroactif, elle a un défaut qui, à mon avis, lui est fatal. Une fois formulée une réserve se rapportant à des catégories de différends soumis à la juridiction obligatoire de la Cour, les catégories sur lesquelles la Cour a juridiction doivent être spécifiées et définies. La juridiction de la Cour en ce qui concerne ces catégories de différends doit être acceptée de façon définitive lorsque la déclaration est faite.

C'est en vain que l'on essaie de différencier la réserve portugaise du droit de dénoncer une déclaration à tout moment. On a suggéré en plaidoirie que, dans ce dernier cas, un État peut mettre fin à son obligation de se soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour pour toute catégorie de différends, tandis que, dans le premier, le Portugal s'était réservé un droit plus limité, du fait qu'il ne pouvait que restreindre la portée de son obligation. C'est une argumentation spécieuse. Dans le deuxième cas, la dénonciation de la déclaration met fin au lien juridique existant entre l'État déclarant et l'autre État. L'État cesse d'adhérer à la disposition facultative et n'est plus dans aucun domaine soumis à la juridiction obligatoire de la Cour. Dans le premier cas, le lien juridique continue d'exister. Dans le second, le droit de porter un différend devant la Cour et l'obligation de se soumettre à sa juridiction n'existent plus. Dans le premier cas, le droit subsiste et l'État peut à son gré mettre fin à l'obligation à l'égard de n'importe quel différend.

D'éminents auteurs ont regretté le déclin incessant de la disposition facultative et il est du devoir de la Cour d'empêcher que le

further decline of this Clause. Judge Lauterpacht in the *Norwegian Loans* case (*I.C.J. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1957), when considering the French reservation in that case, said (p. 64) that it "tended to impair the legal—and moral—authority and reality of the Optional Clause", and also (p. 65) that it "threatens to disintegrate that minimum of compromise which is embodied in the Optional Clause". These observations also apply to the novel reservation embodied by Portugal in her Declaration. Acceptance by Portugal of the compulsory jurisdiction of the Court is entirely illusory. The minimum of compromise which is embodied in the Optional Clause is the right given to the State to limit the categories of disputes which it is prepared to submit to the compulsory jurisdiction of the Court; but any further derogation from that minimum of compromise should not be permissible. Once a State, by its Declaration, has expressed its clear will to submit to the compulsory jurisdiction of the Court a particular dispute, the jurisdiction of the Court with regard to that dispute must continue so long as the Declaration lasts. As the intention of the Optional Clause is to make a State accept the compulsory jurisdiction of the Court, any reservation which frustrates that intention must be held to be opposed to the general purpose of the Optional Clause and therefore invalid.

It was suggested that even if this reservation was invalid, as it did not affect the present case, it could be severed from the rest of the Declaration and the rest of the Declaration could be held valid. The doctrine of severance is well settled in municipal law and it also applies to international law. If a provision in an instrument is an essential condition, and if the court is satisfied that in the absence of that essential condition the instrument would not have been executed, then if the condition is bad, the court is powerless and the whole instrument must be declared to be invalid. Otherwise, the court would be writing a new instrument without the essential condition. In this case there cannot be the slightest doubt that the reservation we are considering is an essential condition of Portugal's adherence to the Optional Clause. It is on this condition that Portugal has agreed to confer jurisdiction upon the Court. The condition is of the very essence of the submission of Portugal to the compulsory jurisdiction of the Court, and if this condition is invalid, the whole Declaration must be declared to be invalid.

* * *

As I am of the opinion that India's First Objection should prevail, it would be unnecessary to consider her Second and Fourth Objections, but as they have been argued at considerable length

déclin de cette disposition ne se poursuive. M. le juge Lauterpacht, examinant la réserve française dans l'affaire relative à *Certains Emprunts norvégiens* (C. I. J. *Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances*, 1957), a dit (p. 64) qu'elle « a tendance à porter atteinte à l'autorité juridique — et morale — et à la réalité de la disposition facultative » et également (p. 65) qu'elle participe d'« une tendance qui menace de désintégrer le minimum d'accord incorporé dans la disposition facultative ». Ceci s'applique aussi à la réserve nouvelle incorporée par le Portugal à sa déclaration. L'acceptation par le Portugal de la juridiction obligatoire de la Cour est entièrement illusoire. Le minimum de compromis incorporé dans la disposition facultative est le droit accordé à l'État de limiter les catégories de différends qu'il est disposé à soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour; mais aucune dérogation supplémentaire à ce minimum de compromis ne saurait être permise. Une fois qu'un État, par sa déclaration, a clairement exprimé sa volonté de soumettre un différend donné à la juridiction obligatoire de la Cour, la juridiction de la Cour à l'égard de ce différend doit subsister aussi longtemps que la déclaration. Comme l'intention de la disposition facultative est de faire accepter par un État la juridiction obligatoire de la Cour, toute réserve qui contrecarre cette intention doit être considérée comme contraire au but général de la disposition facultative et, de ce fait, nulle.

Il a été suggéré que, même si cette réserve était nulle, comme elle n'affecte pas la présente espèce, on pourrait la séparer du reste de la déclaration et que le reste de la déclaration pourrait rester valable. La doctrine de la séparation est bien établie en droit interne et elle s'applique également en droit international. Si l'une des clauses d'un acte donné constitue une condition essentielle, et si le tribunal constate qu'en l'absence de cette condition essentielle l'acte n'aurait pas été conclu, alors, si la condition est viciée, le tribunal est sans pouvoirs et tout l'acte doit être déclaré nul. Autrement, on rédigerait un nouvel acte dépourvu de cette condition essentielle. Dans le cas que nous examinons, il ne peut y avoir le moindre doute que la réserve en question est une condition essentielle à l'adhésion du Portugal à la disposition facultative. C'est à cette condition que le Portugal a accepté de conférer juridiction à la Cour. La condition est de l'essence même de la soumission du Portugal à la juridiction obligatoire de la Cour et, si cette condition est nulle, toute la déclaration doit être déclarée nulle.

* * *

Comme je suis d'avis que la première exception de l'Inde doit être maintenue, il n'est pas nécessaire que je considère la seconde et la quatrième exception, mais puisqu'elles ont été discutées très

and as they raise questions of considerable importance, I would like to express my opinion on them.

Both the Objections are based on the fact that Portugal's Declaration was deposited with the Secretary-General of the United Nations on the 19th December, 1955, and the present Application was filed on the 22nd December, 1955. I do not think there is any instance in the history of this Court where a State has filed an Application with such lightning speed. It is urged on behalf of Portugal that adherence to the Optional Clause is a unilateral act by a State and the Declaration comes into force immediately it is deposited with the Secretary-General of the United Nations. It is further pointed out that there is nothing in the Statute or the Rules of the Court which requires that any time should elapse between the making of the Declaration and the filing of the Application. It is therefore said that although copies of the Declaration were not transmitted by the Secretary-General to the Parties to the Statute nor to the Registrar of this Court, and although India had no knowledge that any such Declaration had been made by Portugal, the Declaration became immediately effective, and to the extent that the same obligations were undertaken by the Declaration of Portugal and the Declaration of India, India became liable to be called before the Court in answer to any claim made by Portugal which fell within the scope of the two Declarations.

The narrow question that we have to consider is whether the Statute of the Court contemplates that the Declaration should be immediately effective without knowledge, presumptive or actual, on the part of the other States who have already adhered to the Optional Clause—in other words, whether a juridical bond can be created by a new declarant with the other States who are already Parties to the Optional Clause by the mere deposit of the Declaration with the Secretary-General so as to entitle the new declarant immediately to file an Application and bring another State before the Court. India has contended that by this precipitous Application, Portugal has violated the principle of equality of States before the Court, a principle which is the very basis of the Optional Clause. Portugal, on the other hand, has relied on the letter of the law and has urged that apart from the reciprocity of obligations at the date of the Declaration, there is no other reciprocity or equality which is contemplated by Article 36 (2) of the Statute. Whether the Statute permits a State to file an Application before the ink on its Declaration is dry or not, it will be agreed that this is a practice which should not be countenanced by the Court; and if there is any provision in the Statute which can permit the Court to refuse to entertain Portugal's Application, it should do so under the circumstances of the case.

Article 36 (4) of the Statute consists of two parts: one, making it incumbent upon a State making a Declaration to deposit it with the Secretary-General of the United Nations, and the second

longuement et qu'elles ont soulevé des questions d'une importance considérable, j'aimerais donner mon opinion à leur sujet.

Ces deux exceptions sont fondées sur le fait que la déclaration du Portugal a été remise au Secrétaire général des Nations Unies le 19 décembre 1955 et que la présente requête a été déposée le 22 décembre 1955. Je ne crois pas qu'il existe d'autre exemple, dans l'histoire de la Cour, d'un État ayant déposé une requête avec une telle précipitation. On a soutenu, au nom du Portugal, que l'adhésion à la disposition facultative est un acte unilatéral de la part d'un État et que la déclaration entre en vigueur aussitôt qu'elle a été déposée entre les mains du Secrétaire général des Nations Unies. On a de plus souligné qu'il n'existe aucune disposition dans le Statut ou le Règlement spécifiant qu'un laps de temps doit s'écouler entre le dépôt de la déclaration et le dépôt de la requête. C'est pourquoi on affirme que, bien que les copies de la déclaration n'aient été transmises par le Secrétaire général ni aux Parties au Statut, ni au Greffier de la Cour et bien que l'Inde n'ait pas connaissance du dépôt par le Portugal de cette déclaration, la déclaration est entrée en vigueur immédiatement et, dans la mesure où les déclarations portugaise et indienne assumaient les mêmes obligations, l'Inde était exposée à se voir citée devant la Cour pour répondre à toute demande du Portugal rentrant dans le domaine des deux déclarations.

La question restreinte que nous devons examiner est celle de savoir si le Statut de la Cour prescrit que la déclaration doit entrer en vigueur immédiatement sans connaissance, présumée ou réelle, de la part des autres États qui ont déjà adhéré à la disposition facultative, — en d'autres termes, celle de savoir si un lien juridique peut être créé par un nouveau déclarant avec les autres États déjà parties à la disposition facultative par le simple dépôt de la déclaration entre les mains du Secrétaire général, de manière à permettre au nouveau déclarant de déposer immédiatement une requête et de traduire un autre État devant la Cour. L'Inde a soutenu que, par cette requête précipitée, le Portugal a violé le principe de l'égalité des États devant la Cour, principe qui est à la base même de la disposition facultative. Le Portugal, au contraire, s'est fondé sur le droit strict et a soutenu que l'article 36, paragraphe 2, du Statut n'envisage d'autre réciprocité ou égalité que la réciprocité des obligations à la date de la déclaration. Que le Statut permette ou non à un État de déposer une requête avant que l'encre n'ait séché sur sa déclaration, on reconnaîtra que c'est là une pratique qui ne devrait pas être sanctionnée par la Cour; et s'il existe dans le Statut une disposition permettant à la Cour de refuser de connaître de la requête du Portugal, elle doit le faire, eu égard aux circonstances de l'espèce.

L'article 36, paragraphe 4, du Statut se compose de deux parties: selon la première, il incombe à un État qui fait une déclaration de la déposer entre les mains du Secrétaire général des Nations Unies et,

making it incumbent upon the Secretary-General to transmit copies thereof to the Parties to the Statute and to the Registrar of the Court. It is common ground that unless the Declaration is deposited as required by Article 36 (4), the Declaration cannot become effective. It is difficult to understand why, if the first part of Article 36 (4) is mandatory, the second part is not equally mandatory. It is said that the second part is purely administrative or procedural and it merely gives a direction to the Secretary-General to carry out his duties. It is difficult to accept the argument that a provision so unimportant should have found a place in so solemn a document as the Statute of the Court. In my opinion, the same importance should be attached to both the parts of Article 36 (4). There must have been some reason why the framers of the Statute inserted this provision in Article 36 (4) and the obvious reason is that some time should elapse between the making of the Declaration and the filing of an Application.

It is unnecessary in this case to speculate as to what is the proper time that should elapse between the making of the Declaration and the filing of the Application. Sufficient unto the day is the law thereof: and it will be sufficient to deal only with the facts of this case. It is clear that in this case an Application has been filed by Portugal before the second part of Article 36 (4) was complied with, and it is open to the Court to say that the Application is premature and that Portugal should have waited until effect had been given to the provision of the second part of Article 36 (4).

Emphasis has been placed upon the expression "*ipso facto*" used in Article 36 (2) of the Statute. It is suggested that this expression makes it clear that the mere deposit of the Declaration, and nothing more, brings about the consensual bond between the declarant State and the State which has accepted the same obligation. The expression "*ipso facto*" must be read with the words that follow "and without special agreement". What the Statute emphasizes is that apart from the Declaration no special agreement is necessary to attract the Application of the Optional Clause. Article 36 (2), in my opinion, does not deal with the question as to when the Declaration becomes effective. For this purpose we have to turn to Article 36 (4).

There is also force in India's contention that by the timing of Portugal's Application, India was deprived of the right to invoke in her favour the third condition in Portugal's Declaration. It is now well-settled law that a State which is a Party to the Optional Clause is entitled to incorporate into its own Declaration any condition contained in the Declaration of any other State which has adhered to the Optional Clause. (See the *Norwegian Loans* case, *I.C.J. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1957.) Therefore, it cannot be disputed that India had the right to make use of the third condition as against Portugal as much as Portugal

selon la seconde, il incombe au Secrétaire général d'en transmettre copie aux Parties au Statut et au Greffier de la Cour. Les Parties sont d'accord sur le fait que, à moins d'avoir été déposée comme le stipule l'article 36, paragraphe 4, la déclaration ne peut sortir ses effets. On comprend difficilement pourquoi, si la première partie de l'article 36, paragraphe 4, est impérative, la seconde partie ne l'est pas également. On a dit que la seconde partie est de nature purement administrative ou se rapporte à la procédure et qu'elle donne seulement au Secrétaire général une directive quant à l'exercice de ses fonctions. Il est difficile d'admettre qu'une disposition aussi peu importante ait trouvé place dans un document aussi solennel que le Statut de la Cour. J'estime qu'il faut attacher la même importance aux deux parties de l'article 36, paragraphe 4. Il a dû y avoir une raison pour que les rédacteurs du Statut insèrent cette disposition dans l'article 36, paragraphe 4, et la raison évidente est qu'un certain temps doit s'écouler entre le dépôt d'une déclaration et le dépôt d'une requête.

Dans ces conditions il est inutile de se demander quel délai doit s'écouler entre l'adhésion à la déclaration et le dépôt de la requête. A chaque jour suffit sa règle de droit ; il suffira de se borner aux faits de la présente espèce. Il est évident que, dans cette affaire, une requête a été déposée par le Portugal avant qu'on n'ait pu appliquer la seconde partie de l'article 36, paragraphe 4, et la Cour peut dire que la requête est prématurée et que le Portugal aurait dû attendre jusqu'à ce que la disposition contenue dans la seconde partie de l'article 36, paragraphe 4, ait sorti ses effets.

On a insisté sur l'expression « de plein droit » (*ipso facto*) employée dans l'article 36, paragraphe 2, du Statut. On prétend que cette expression montre clairement que c'est le seul dépôt de la déclaration, sans rien de plus, qui crée le lien consensuel entre l'État déclarant et l'État qui a accepté la même obligation. L'expression « de plein droit » doit être lue avec les mots qui la suivent « et sans convention spéciale ». Ce que le Statut souligne, c'est que, à part la déclaration, aucune convention spéciale n'est nécessaire pour que soit appliquée la disposition facultative. J'estime que l'article 36, paragraphe 2, ne touche pas à la question du moment où la déclaration entre en vigueur. A cette fin, il faut se reporter à l'article 36, paragraphe 4.

La thèse de l'Inde selon laquelle celle-ci a été privée du droit d'invoquer en sa faveur la troisième condition contenue dans la déclaration du Portugal, en raison du moment où la requête du Portugal a été déposée, est convaincante elle aussi. Il est maintenant bien établi en droit qu'un État partie à la disposition facultative est fondé à incorporer dans sa propre déclaration toute condition contenue dans la déclaration de tout autre État qui a déjà adhéré à la disposition facultative. (Voir *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, C. I. J. Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances, 1957.) On ne peut donc pas contester que l'Inde avait le

had the right as against India. But if this right is to have any meaning or significance, it must be a right which can be exercised. Portugal, by filing the Application when she did, made it impossible for India to exercise that right. Portugal could have invoked this condition any time before filing the Application. India could have only invoked it if she had knowledge of the Declaration before the Application was filed. Once the Application was filed, inasmuch as the condition, as I have pointed out, is not retroactive, India was deprived of that right and was compelled to accept the jurisdiction of the Court whether she liked it or not. In the *Norwegian Loans* case, it was stated that Norway, *equally with France*, was entitled to except from the compulsory jurisdiction of the Court disputes falling within the ambit of France's reservation. In the *Phosphates in Morocco* case, although a particular limitation in the Declaration of one State did not appear in the Declaration of the other, it was held that the limitation must hold good as between the Parties; and in the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case, the Court said that in consequence of the condition of reciprocity laid down in paragraph 2 of Article 36, the limitation contained in the Declaration of one State must be applicable as between the Parties.

Now what is the reciprocity that Article 36 (2) contemplates? Is it the narrow reciprocity suggested by Portugal, namely, the reciprocity that should subsist at the date of the Application, or a wider reciprocity which would entitle a State to avail itself of every limitation contained in the other Party's Declaration to the same extent and in the same manner as the other Party?

It should be remembered that in the *Norwegian Loans* case, at the date of France's Application, Norway had not availed itself of the reservation contained in France's Declaration with regard to domestic jurisdiction. Therefore, if reciprocity had been narrowly construed in that case, Norway could not have availed herself of that limitation. But the Court held that Norway was as much entitled as France to plead that the particular dispute fell within her domestic jurisdiction. Therefore, strictly, the principle of reciprocity had been given effect to after France's Declaration had been filed and the Court did not confine itself to considering the situation as it existed at the date of France's Application. The question that now arises is whether the Court should not look at the situation as it existed before Portugal filed her Application. And if the Court comes to the conclusion that India could only have exercised the third limitation contained in Portugal's Declaration before Portugal filed her Application, and if India has been deprived of that right, then the principle of reciprocity under Article 36 (2) has been violated. In any view of the case, in my opinion, the

droit d'invoquer la troisième condition contre le Portugal, de même que le Portugal avait le droit de l'invoquer contre l'Inde. Mais pour qu'il ait un sens ou une signification, il faut que ce droit puisse être exercé. Le Portugal, en déposant sa requête au moment où il l'a fait, a mis l'Inde dans l'impossibilité d'exercer ce droit. Le Portugal aurait pu invoquer la condition à n'importe quel moment avant le dépôt de sa requête. L'Inde n'aurait pu l'invoquer que si elle avait eu connaissance de la déclaration avant le dépôt de cette requête. Une fois que la requête a été déposée, dans la mesure où, comme je l'ai dit, la condition n'a pas un caractère rétroactif, l'Inde était privée de ce droit et forcée d'accepter, bon gré mal gré, la juridiction de la Cour. Dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, on a dit que la Norvège, dans les mêmes conditions que la France, était fondée à exclure de la compétence obligatoire de la Cour les différends rentrant dans le domaine d'application de la réserve française. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, quoiqu'une limitation particulière contenue dans la déclaration de l'un des États ne figurât pas dans la déclaration de l'autre, il a été décidé que la limitation devait subsister entre les Parties. Dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Cour a déclaré que, par l'effet de la condition de réciprocité inscrite au paragraphe 2 de l'article 36, la limitation contenue dans la déclaration d'un État faisait droit entre les Parties.

En quoi consiste la réciprocité envisagée par l'article 36, paragraphe 2? S'agit-il de la réciprocité limitée suggérée par le Portugal, à savoir la réciprocité qui devra subsister à la date du dépôt de la requête, ou d'une réciprocité plus large, qui fonderait un État à se prévaloir de toute limitation contenue dans la déclaration de l'autre Partie, dans la même mesure et de la même manière que cette autre Partie?

Il faut se souvenir que, dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, à la date du dépôt de la requête française, la Norvège ne s'était pas prévalue de la réserve contenue dans la déclaration de la France relative à la juridiction nationale. C'est pourquoi si, dans cette affaire, on avait adopté une interprétation étroite de la réciprocité, la Norvège n'aurait pas pu se prévaloir de cette limitation. Mais la Cour a dit que la Norvège était fondée aussi bien que la France à soutenir que ce différend relevait de la juridiction nationale. C'est pourquoi, strictement, le principe de la réciprocité avait sorti ses effets après que la France eut souscrit sa déclaration et la Cour ne s'est pas bornée à considérer la situation telle qu'elle existait à la date de la requête française. La question soulevée maintenant est celle de savoir si la Cour ne devrait pas examiner la situation telle qu'elle existait avant le dépôt de la requête du Portugal. Si la Cour décide que l'Inde ne pouvait invoquer la troisième condition contenue dans la déclaration du Portugal avant le dépôt de la requête portugaise, et si l'Inde a été privée de ce droit, alors le principe de réciprocité, aux termes de l'article 36, paragraphe 2,

Court should come to the conclusion that the haste with which Portugal filed this Application has resulted in an abuse of the Optional Clause and also an abuse of the processes of the Court, and therefore the Court should refuse to entertain Portugal's Application.

* * *

India's Third Objection is that the present dispute was brought before this Court without preliminary diplomatic negotiations and without the negotiations reaching a deadlock. It is urged by India that the jurisdiction of the Court is confined to deciding legal disputes, and before there can be a dispute, it must be clear that the controversy cannot be settled by negotiations. It is pointed out that before a State is brought before the bar of the International Court, every attempt should first be made to see whether the controversy in question could not be amicably settled. Our attention has been drawn to the various Notes that were exchanged between India and Portugal, and it does appear that Portugal never raised in these Notes the general question of a right of passage as such. What was discussed in these Notes was certain concrete questions relating to special situations arising out of disturbances which had occurred within the Portuguese enclaves; and what Portugal insisted on was that India had incurred an international responsibility by its behaviour at a given time and in a specific situation. Our attention is drawn to the fact that if the general question of a right of passage had been raised in this diplomatic exchange of Notes, this Court would have had a better conception of the right claimed by Portugal. As it is, the Court is not in a position to know or judge what is the actual nature of the right claimed by Portugal. Nor had India been given an opportunity to formulate or express her views with regard to the right claimed by Portugal before the matter was brought before the Court. Reliance is placed on the observations of the Court in the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case (P.C.I.J., Series A/B, No. 77, p. 132): "What is essential is that, prior to the filing of an Application by one Party bringing a dispute before the Court, the other Party must have been given the opportunity to formulate and to express its views on the subject of the dispute. Only diplomatic negotiations will have afforded such an opportunity."

It is also urged by India that this rule with regard to preliminary diplomatic negotiations does not operate only in those cases where there is a provision to this effect in a treaty between the Parties. The rule is of general application and is based on two considerations: (1) the need of the Court to know what is the subject-matter of the dispute, and (2) efforts made by the Parties to reach an agreement have been fruitless.

a été violé. Quelle que soit l'opinion qu'on ait de cette affaire, j'estime que la Cour devrait dire que la hâte avec laquelle le Portugal a déposé sa requête a entraîné un abus de la disposition facultative et aussi un abus de la procédure de la Cour. Pour ces raisons, la Cour devrait refuser de connaître de la requête du Portugal.

* * *

Selon la troisième exception de l'Inde, le différend actuel a été porté devant la Cour sans négociations diplomatiques préalables et avant que les négociations aient atteint une impasse. L'Inde a soutenu que la juridiction de la Cour se borne à la solution de différends juridiques, et avant que ne puisse exister un différend, il doit être clair que la controverse ne peut être réglée par voie de négociations. On a fait remarquer qu'avant qu'un État ne soit traduit devant la Cour internationale, il faut tout tenter, au préalable, pour savoir si la controverse en question ne pourrait être réglée à l'amiable. On a attiré notre attention sur les différentes notes échangées entre l'Inde et le Portugal et il apparaît bien que le Portugal n'a jamais, dans ses notes, soulevé la question générale du droit de passage comme tel. Ce qui a été discuté dans ces notes, ce sont des questions concrètes se rapportant à des situations spéciales nées des troubles qui s'étaient produits dans les enclaves portugaises; et le point sur lequel le Portugal a insisté, c'est que l'Inde avait encouru une responsabilité internationale par sa conduite à un moment donné et dans une situation particulière. Notre attention a été attirée sur le fait que si la question générale du droit de passage avait été soulevée dans l'échange de notes diplomatiques, la Cour aurait pu se faire une idée plus claire du droit revendiqué par le Portugal. Dans l'état actuel des choses, la Cour ne peut pas savoir ou juger la nature véritable du droit revendiqué par le Portugal. L'Inde n'a pas non plus eu l'occasion de faire connaître ou d'exprimer ses opinions sur le droit que le Portugal revendique avant que la question ne soit portée devant la Cour. On se fonde sur les déclarations de la Cour dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* (C. P. J. I., Série A/B, n° 77, p. 132): « Ce qui est essentiel, c'est qu'avant qu'une Partie dépose une requête introduisant une instance devant la Cour, l'autre Partie ait eu l'occasion de faire connaître et d'exprimer sa manière de voir sur l'objet du différend. Cette occasion ne peut être fournie que par des négociations diplomatiques. »

On a également soutenu au nom de l'Inde que cette règle sur les négociations diplomatiques préliminaires ne s'applique pas seulement dans les cas où il existe une disposition à cet effet dans un traité entre les Parties. La règle s'applique d'une manière générale et repose sur deux considérations: 1) la nécessité pour la Cour de connaître l'objet du différend, et 2) le fait que les efforts des Parties pour atteindre un accord soient restés infructueux.

There can be no doubt as to the desirability of States negotiating with regard to a dispute and trying to arrive at a fair solution before they avail themselves of the compulsory jurisdiction of the Court. But what we have to consider is whether failure to pursue this desirable course deprives the Court of its jurisdiction. It is clear on the authorities that what the Court has insisted upon is the mere existence of a dispute, and a dispute has been defined as a divergence of opinions or views between two States: It has also been held that this divergence is established after one Government finds that the attitude of the other is contrary to its own. In the *Chorzow Factory* case (Series A, No. 13, p. 10), the Court pointed out that "it would no doubt be desirable that a State should not proceed to take as serious a step as summoning another State to appear before the Court without having previously, within reasonable limits, endeavoured to make it quite clear that a difference of views is in question which has not been capable of being otherwise overcome. But, in view of the wording of the article, the Court considers that it cannot require that the dispute should have manifested itself in a formal way; according to the Court's view, it should be sufficient if the two Governments have in fact shown themselves as having opposite views." Therefore, it is clear that the dispute should not be manifested in any formal way and all that is necessary is that two Governments should show themselves as holding opposite views. It has also been observed in the case of *Certain German Interests in Upper Silesia* (Series A, No. 6, p. 14): "... a difference of opinion does exist as soon as one of the Governments concerned points out that the attitude adopted by the other conflicts with its own views". It is difficult to take the view that the attitude of India on the question of Portugal's claim with regard to a right of passage does not conflict with the view held by Portugal. I would therefore overrule this Objection.

* * *

Turning to the Fifth Objection, we heard very learned arguments as to the burden of proof. In my opinion, now that all the arguments are before the Court, the question of burden of proof loses much of its importance. But even so, I should like to say a few words about it. It is always for a party which comes before a court or a tribunal to make out a *prima facie* case that the tribunal or court has jurisdiction. If that *prima facie* burden is discharged, it may be that the burden would shift on to the other party. When India objects to the jurisdiction of the Court on the ground that the subject-matter of the dispute falls exclusively within her domestic jurisdiction, it would not be correct to describe her attitude as it has been described by Counsel for Portugal as attempting to obstruct the normal course of statutory procedure. Undoubtedly the party coming to the Court has the right to have the benefit of the procedure

Il est certain qu'il faut souhaiter que les États négocient en cas de différend et essaient de trouver une solution équitable avant de se prévaloir de la juridiction obligatoire de la Cour. Mais ce que nous devons examiner, c'est la question de savoir si le fait de ne pas suivre cette méthode souhaitable prive la Cour de sa juridiction. Il est évident, d'après les précédents invoqués, que c'est sur la simple existence d'un différend que la Cour a insisté, et qu'un différend a été défini comme étant une divergence d'opinions ou de vues entre deux États. On a également soutenu que cette divergence est établie lorsqu'un Gouvernement a constaté que l'attitude de l'autre était en contradiction avec la sienne. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow* (Série A, n° 13, pp. 10 et 11), la Cour a dit : « Il paraît bien désirable qu'un État ne procède pas à une démarche aussi sérieuse que l'assignation d'un autre État devant la Cour, sans avoir auparavant, dans une mesure raisonnable, tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vues qui ne peut être dissipée autrement. Mais, vu la teneur du texte, la Cour estime ne pas pouvoir exiger que la contestation se soit formellement manifestée; à son avis, il doit suffire que les deux Gouvernements aient en fait manifesté des opinions opposées... » C'est pourquoi il est clair que le différend ne doit pas se manifester de façon formelle : il suffit que deux Gouvernements démontrent qu'ils ont des opinions divergentes. On a également observé dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Série A, n° 6, p. 14) : « ... une divergence d'opinion se manifeste dès qu'un des Gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier ». On peut difficilement soutenir que l'attitude de l'Inde sur la question de la revendication par le Portugal d'un droit de passage n'est pas en conflit avec celle du Portugal. Par conséquent, je rejetterais cette exception.

* * *

Sur la cinquième exception nous avons entendu une argumentation très savante sur le fardeau de la preuve. Maintenant que tous les arguments ont été soumis à la Cour, j'estime que la question du fardeau de la preuve perd une grande partie de son importance. Mais je voudrais tout de même en dire quelques mots. Il incombe toujours à une partie qui se présente devant une cour ou devant un tribunal de prouver *prima facie* que le tribunal ou la cour est compétente. Si elle s'est acquittée de ce fardeau *prima facie*, il se peut que le fardeau soit déplacé sur les épaules de l'autre partie. Lorsque l'Inde soulève une exception à la compétence de la Cour parce que l'objet du différend relève exclusivement de sa compétence nationale, il ne serait pas exact de décrire, ainsi que le fait l'agent du Portugal, son attitude comme une tentative de faire obstruction au cours normal de la procédure prévue par le Statut. Sans aucun

provided by the Statute and the Rules for contentious matters. But that is so only on the assumption that the Court has jurisdiction. All that India has done is to draw the attention of the Court to the fact that, looking to her Declaration, the Court has no jurisdiction over this particular dispute. It is ultimately for the Court to decide the question of jurisdiction and it is only if the Court takes the view that the dispute falls within the ambit of India's Declaration that the matter can go on and the rules of statutory procedure can be given effect. It is equally incorrect to say that inasmuch as India is relying on an exception contained in her Declaration which confers jurisdiction upon the Court the burden is upon her to make good that exception. India has accepted the compulsory jurisdiction with regard to certain categories of disputes, and the particular category with regard to matters falling exclusively within her domestic jurisdiction has been excluded. Therefore, it is for Portugal to establish that the dispute which she has brought before the Court falls within the scope of India's Declaration, and she can only establish that provided she satisfies the Court that the dispute is not exclusively within the domestic jurisdiction of India. The reservation made by India with regard to matters falling exclusively within her domestic jurisdiction is not an exception: it is an essential—an integral—part of her acceptance of the jurisdiction of the Court.

Coming to the substance of the matter, there are certain points which are beyond controversy. The first is that India has exclusive territorial sovereignty over the territory through which Portugal claims a right of passage or a right of transit. I think it is equally indisputable that *prima facie* a State enjoying territorial sovereignty has the right to allow or to prohibit a right of passage or transit through her territories to any other State or to permit a right of passage or transit under such terms and conditions as she thinks proper. It is true that even though a subject-matter may fall within the domestic jurisdiction of a State, the State may not have complete discretion with regard to it but its discretion may be controlled by any international obligation undertaken by it. If India has undertaken any international obligation, then the matter is no longer exclusively within her domestic jurisdiction. In other words, the matter would not be within the reserved domain but would be within the international domain into which the Court can enquire and determine what are her obligations according to international law.

It is true that in a large majority of cases, when an Objection is taken on the ground of domestic jurisdiction, the Court is inclined to join the Objection to the merits because the Court feels that it is impossible to arrive at a decision on this issue without investigating into the merits of the subject. But this is not always

doute, la partie qui se présente devant la Cour a le droit de bénéficier de la procédure prévue par le Statut et le Règlement en matière contentieuse. Mais il n'en est ainsi que si l'on suppose que la Cour est compétente. Tout ce que l'Inde a fait, c'est d'attirer l'attention de la Cour sur le fait que, si l'on considère sa déclaration, la Cour n'est pas compétente en ce qui concerne ce différend. C'est à la Cour qu'il appartient en dernier lieu de trancher la question de juridiction et c'est seulement si la Cour estime que le différend tombe sous la portée de la déclaration de l'Inde que l'affaire peut continuer à être examinée et que les règles de la procédure statutaire peuvent sortir leurs effets. Il est également erroné de dire que, dans la mesure où l'Inde se fonde sur une exception contenue dans sa déclaration conférant juridiction à la Cour, le fardeau de la preuve lui incombe et que c'est à elle d'apporter les preuves à l'appui de cette exception. L'Inde a accepté la juridiction obligatoire pour certaines catégories de différends, et la catégorie particulière concernant les questions relevant exclusivement de sa compétence nationale a été exclue. C'est pourquoi il incombe au Portugal de démontrer que le différend qu'il a porté devant la Cour rentre dans le domaine de la déclaration de l'Inde, et il ne peut le prouver qu'en démontrant à la Cour que le différend ne relève pas exclusivement de la compétence nationale de l'Inde. La réserve formulée par l'Inde concernant les questions relevant exclusivement de sa compétence nationale n'est pas une exception; c'est une partie essentielle — intégrale — de son acceptation de la juridiction de la Cour.

Pour en venir au centre de la question, certains points ne sont pas contestables. Premièrement, l'Inde exerce une souveraineté territoriale exclusive sur le territoire sur lequel le Portugal revendique un droit de passage ou un droit de transit. Je pense qu'il est également incontestable que, *prima facie*, un État jouissant de la souveraineté territoriale a le droit d'accorder ou de refuser à tout autre État un droit de passage ou de transit à travers ses territoires, ou de lui accorder ce droit dans les conditions et aux termes qui lui semblent bons. Il est vrai que, même si l'objet d'un différend relève de la compétence nationale d'un État, il est possible que celui-ci n'ait pas un pouvoir discrétionnaire absolu à ce sujet, mais qu'il puisse être soumis à toute obligation internationale contractée par lui. Si l'Inde a assumé une obligation internationale quelconque, alors la question ne relève plus de sa compétence nationale exclusive. En d'autres termes, la question ne fait pas partie du domaine réservé, mais du domaine international que la Cour peut examiner, et elle peut définir les obligations de l'Inde selon le droit international.

Il est vrai que dans un grand nombre de cas, lorsqu'une exception est formulée sur la base de la compétence nationale, la Cour a tendance à joindre l'exception au fond parce qu'elle pense qu'il est impossible d'arriver à une décision sur la question sans examiner le fond. Mais il n'en est pas toujours ainsi, sans quoi un État n'aurait

so. Otherwise it would never be open to a State to take a Preliminary Objection on this ground. The test has been clearly laid down by this Court as to what has to be established in order that the Court will not uphold the Objection at a preliminary stage but would stand it over to the hearing. Portugal must establish that the legal grounds relied upon by her justify a provisional conclusion that they are of juridical importance for a decision of the dispute according to international law. (See the classical statement of the law in the *Nationality Decrees of Tunisia and Morocco*, Series B, No. 4, p. 25.) To use simpler language, Portugal must show that her claim discloses an arguable cause of action under international law. Again, to use a different language, Portugal must show that the general rule that the subject-matter being within the domestic jurisdiction of India is within her discretion has been displaced by some rule of international law.

Now what is the subject-matter of the dispute between Portugal and India? I will not consider the various metamorphoses which Portugal's claim has undergone. But as finally indicated to this Court it is a right of transit between Daman and the Portuguese enclaves of Dadra and Nagar-Aveli in order to maintain communications between Daman and these two enclaves. The first striking thing about this alleged right is that it is completely indefinite and vague and, as was described by Counsel for India, "something undefined and disembodied, hard both to exercise and to enforce". When a State comes to this Court claiming a right against another State, it must be a right which should be enforceable. It must be a right which, if conceded by the Court, could be given effect to by the defendant State. No Court would give judgment which could not be carried out by the losing party. And the most surprising feature of Portugal's claim in this case is that if she were to succeed in her contentions, the judgment she would obtain from this Court could never be given effect to by India. If the Court were to declare that Portugal has a right of transit over Indian territory from Daman to the enclaves, it would be impossible for India to know what the nature, extent or content of that right would be. Would Portugal be entitled under this right to transport a whole army from Daman to the enclaves in order to suppress the revolt which has taken place there? Would she be able to transport tanks and artillery and all the paraphernalia of modern arms and armaments? Would she be able to fly aeroplanes over Indian territory in order to bomb the enclaves in order to reduce them to subjection? Or would the right be confined to transit facilities to be given to diplomatic envoys or a small unit in order to maintain law and order in the enclaves? These queries conclusively establish that Portugal has failed to formulate any legal right which she can assert against India. It is only by negotiations which may result in a treaty that the modalities of a right of transit can be settled between India and Portugal. But the Court cannot be called upon to draft a treaty between these

jamais la faculté de présenter une exception préliminaire sur cette base. La Cour a nettement énoncé les conditions à remplir pour que l'exception ne soit pas retenue à un stade préliminaire, mais qu'elle soit jointe à l'examen au fond. Le Portugal doit démontrer que les titres qu'il invoque justifient la conclusion provisoire qu'ils ont une importance juridique pour la solution du différend en droit international. (Voir l'énoncé classique du droit dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Série B, n° 4, p. 25.) Pour employer un langage plus simple, le Portugal doit démontrer que sa revendication contient une cause d'action soutenable selon le droit international. En d'autres termes, le Portugal doit démontrer qu'une règle de droit international a pris la place de la règle générale suivant laquelle l'objet du différend qui relève de la compétence nationale de l'Inde relève de son pouvoir discrétionnaire.

Examinons maintenant l'objet du différend qui s'est élevé entre le Portugal et l'Inde. Je ne vais pas examiner les différentes métamorphoses que la réclamation du Portugal a subies. Mais comme il a été finalement indiqué à la Cour, ce qu'on revendique, c'est un droit de transit entre Damão et les enclaves portugaises de Dadrá et de Nagar-Aveli pour maintenir les communications entre Damão et les deux enclaves. La première chose surprenante au sujet de ce prétendu droit est qu'il est entièrement indéfini et vague, et, comme le dit l'agent du Gouvernement indien, « sans définition ni consistance, difficile à exercer et à exécuter ». Lorsqu'un État se présente devant la Cour pour revendiquer un droit contre un autre État, il doit s'agir d'un droit susceptible de s'appliquer. Il doit s'agir d'un droit qui, si la Cour le reconnaît, pourra être appliqué par l'État défendeur. Une Cour ne peut rendre un arrêt qui ne puisse être exécuté par la partie perdante, et le trait le plus surprenant de la revendication du Portugal dans cette affaire est que, si sa thèse était retenue, l'arrêt qu'il obtiendrait de la Cour ne pourrait jamais être exécuté par l'Inde. Si la Cour déclarait que le Portugal a un droit de transit sur le territoire indien entre Damão et les enclaves, il serait impossible à l'Inde d'apprécier la nature, l'étendue ou la teneur de ce droit. Le Portugal est-il fondé, aux termes de ce droit, à transporter une armée tout entière de Damão aux enclaves pour réprimer une révolte dans ces territoires? Pourra-t-il transporter des tanks et de l'artillerie, ainsi que tout ce qui se rapporte aux armes modernes et aux armements? Pourra-t-il faire survoler par des avions le territoire indien pour bombarder les enclaves afin de les soumettre? Ou le droit sera-t-il limité au transit des fonctionnaires diplomatiques ou de petites unités de troupes pour maintenir la légalité et l'ordre dans les enclaves? Ces questions démontrent d'une façon concluante que le Portugal n'a pas pu formuler un droit qu'il puisse faire valoir contre l'Inde. C'est seulement au moyen de négociations pouvant conduire à un traité que les modalités d'un droit de transit peuvent

two States. The Court can only pronounce upon an existing right, and if the right claimed is so insubstantial as to be incapable of being translated into something which is enforceable, the Court must come to the conclusion that the right claimed is not a legal right, much less a right recognized by international law or a right with regard to which India's discretion is controlled by any international obligation. It seems to me that on this ground alone India's Preliminary Objection must be sustained. It would be a sheer waste of time of this Court to join this issue to the merits when at the end of it the Court would have to come to the conclusion that no effective declaration can be made in favour of Portugal.

I have already pointed out that it is an elementary principle of international law that a State has exclusive competence within its own territory. This principle was emphatically pronounced by Chief Justice Marshall in the *Schooner Exchange* case (1812, 7 Cranch 116): "The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it, deriving validity from an external source, would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction, and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction. All exceptions, therefore, to the full and complete power of a nation within its own territories, must be traced up to the consent of the nation itself. They can flow from no other legitimate source." It is not suggested by Portugal that India has ever given her consent to any limitation upon her territorial sovereignty over the territory in question. Although in her Memorial Portugal relied upon treaties between the Maratha rulers and herself, this contention was given up or at least not pressed at the hearing. As a matter of fact, the only treaty which deals with this subject at all is the Portuguese-Maratha Treaty of 1741, which, surprising as it may seem, provides expressly that soldiers of either power are not to enter the territory of the other without permission. If, therefore, India has not given her consent to any limitation upon her sovereignty, is there any other international obligation undertaken by India independently of any treaty or her consent? I may observe in passing that Portugal concedes that the right of transit claimed by her, even though it may be without any immunity, does constitute a limitation upon India's sovereignty.

An international obligation may arise through local custom. If for a considerable period of time Portugal has been exercising this right, then the right may be upheld by international law. But in order that local custom should be established, it is not sufficient for Portugal merely to state that for a long period she maintained

être réglées entre l'Inde et le Portugal. Mais on ne peut pas demander à la Cour de rédiger un traité entre ces deux États. La Cour ne peut statuer que sur un droit qui existe, et si le droit revendiqué a si peu de substance qu'il est impossible de le rendre applicable, la Cour doit décider que ce droit n'est pas juridiquement reconnu et est encore moins un droit reconnu par le droit international ou un droit au sujet duquel le pouvoir discrétionnaire de l'Inde est subordonné à une obligation internationale. Il me semble que, pour ce seul motif, l'exception préliminaire de l'Inde doit être retenue. La Cour perdrait purement et simplement son temps si elle joignait l'exception au fond, car, en fin de compte, elle devra conclure qu'une déclaration efficace en faveur du Portugal est impossible.

J'ai déjà fait remarquer que c'est un principe fondamental du droit international qu'un État exerce une compétence exclusive sur son propre territoire. Ce principe a été exposé avec force par le *Chief Justice* Marshall dans l'affaire du *Schooner Exchange* (1812, 7 *Cranch* 116): « La compétence de la nation sur son propre territoire est nécessairement exclusive et absolue. Elle n'est pas susceptible de limitations qui ne lui soient imposées par elle-même. Toute limitation tirant sa validité d'une source extérieure impliquerait une diminution de souveraineté dans la mesure de ladite limitation et, dans la même mesure, un investissement de souveraineté aux mains du pouvoir qui est à même de l'imposer. Par conséquent, toute exception au pouvoir entier et complet d'une nation sur son propre territoire doit procéder du consentement de la nation elle-même. Elle ne saurait procéder d'aucune autre source légitime. » Le Portugal ne suggère pas que l'Inde ait jamais donné son consentement à une limitation quelconque de sa souveraineté territoriale sur le territoire en question. Bien que dans son mémoire le Portugal se soit fondé sur des traités conclus entre les souverains maharattes et lui-même, il a renoncé à cette thèse ou du moins il n'a pas insisté sur ce point au cours de ses plaidoiries. En fait, le seul traité qui mentionne cette question est le traité conclu entre les Portugais et les Maharattes en 1741 qui, si étonnant que cela soit, prévoit expressément que les soldats de l'une ou l'autre Puissance ne doivent pas pénétrer dans le territoire de l'autre sans la permission de celle-ci. Donc, si l'Inde n'a pas donné son consentement à une limitation quelconque de sa souveraineté, existe-t-il une autre obligation internationale contractée par elle, indépendamment de tout traité ou de son consentement? Qu'il me soit permis d'observer en passant que le Portugal admet que le droit de transit qu'il revendique, quoique dépourvu d'immunité, constitue bien une limitation à la souveraineté de l'Inde.

Une obligation internationale peut naître de la coutume locale. Si le Portugal avait exercé ce droit pendant très longtemps, ce droit pourrait exister en vertu du droit international. Mais pour pouvoir démontrer l'existence du droit coutumier local, il ne suffit pas au Portugal de dire simplement qu'il a depuis longtemps

communications between Daman and the enclaves. She must go further and establish that the transit facilities that she had were enjoyed by her as a matter of right and not as a matter of grace or concession on the part of the Indian Government. And if one thing is clear beyond anything else from the record that we have before us, it is that throughout the period in question—from 1818 when the British appeared on the scene onwards—the facilities enjoyed by Portugal with regard to communicating with her enclaves were entirely at the discretion of the Indian Government and they were granted to Portugal as a matter of grace and indulgence. The Indian Government always reserved to itself the right to control the passage or transit facilities and even, if occasion arose, to prohibit it altogether. We have instances where a complete embargo was placed by the Indian Government on the carriage of certain goods. We have instances where no less a person than the Consul-General of Portugal reminded the Governor of Diu that authorization by the British authorities was indispensable before any Portuguese troops could cross British territory. Therefore, India is right when she says that a right of passage subject to be revoked in whole or in part by somebody else is not a right at all. I think that Portugal realizes the weakness of her case under this head and therefore what has been really urged before us by Portugal is that this right which she claims is warranted by general principles of international law. General principles of international law would be applicable if Portugal establishes a general custom in contradistinction to a local custom by which a State has the right to have access to enclaves by transit facilities being given to her in order to maintain communications between herself and her enclaves. Now the only general custom which is comparable to the question we have to consider which international law recognizes is the right of innocent passage in territorial seas and in maritime parts of international rivers, and also immunity given to diplomatic representatives when they are in transit between one State and another. No general custom has ever been established permitting a State to have access to her enclaves as of right. Portugal has relied on a learned study made by Professor Bauer of other enclaves, but this study only shows that the right of passage either arises out of treaty or out of local custom which is not applicable to the present case.

A principle of international law may also be imported from municipal law where the principle in municipal law is universally recognized and when that principle is not in conflict with any rule of international law itself; and the strongest reliance is placed by Portugal on the principle of municipal law which may be described as an easement of necessity. It is said that when you have an owner

maintenu ses communications entre Damão et les enclaves. Il doit faire plus: il doit démontrer qu'il avait bénéficié des facilités de transit en tant que droit et non en tant que faveur ou concession de la part du Gouvernement indien. S'il est une chose plus clairement établie que toute autre par l'examen des documents que nous avons devant nous, c'est que, tout au long de la période en question — à partir de 1818 lorsque les Britanniques apparurent sur la scène —, les facilités dont jouissait le Portugal pour communiquer avec ses enclaves étaient entièrement subordonnées au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement indien et étaient accordées au Portugal à titre de faveur et de complaisance. Le Gouvernement indien s'est toujours réservé le droit d'exercer un contrôle sur les facilités de passage ou de transit et même, si l'occasion s'en présentait, de les prohiber entièrement. Il y a des exemples où un embargo total a été proclamé par le Gouvernement indien sur le transport de certaines marchandises. Il y a des exemples où une personne de l'importance du consul général du Portugal a rappelé au gouverneur de Diu que l'autorisation des autorités britanniques était indispensable pour que les troupes portugaises puissent traverser le territoire britannique. C'est pourquoi l'Inde a raison lorsqu'elle soutient qu'un droit de passage qui peut être révoqué en totalité ou en partie par quelqu'un d'autre ne constitue en aucune façon un droit. Je pense que le Portugal se rend compte de la faiblesse de sa thèse sur ce point, et c'est pourquoi ce qu'il a réellement fait valoir, c'est que le droit qu'il revendique est justifié par les principes généraux du droit international. Les principes généraux du droit international seraient applicables si le Portugal démontrait l'existence d'une coutume générale, par opposition à une coutume locale, donnant le droit à un État d'avoir accès à ses enclaves grâce à des facilités de transit qui lui sont accordées afin de maintenir les communications entre cet État et ses enclaves. Or la seule coutume d'ordre général reconnue par le droit international qui soit comparable à la question que nous examinons est le droit de passage innocent dans les eaux territoriales et dans les parties maritimes des fleuves internationaux, ainsi que l'immunité dont jouissent les diplomates lorsqu'ils sont en transit d'un État à un autre. Il n'a jamais été démontré qu'une coutume générale permettant à un État d'avoir accès à ses enclaves existât en tant que droit. Le Portugal s'est fondé sur une étude savante faite par le professeur Bauer concernant d'autres enclaves, mais cette étude prouve seulement que le droit de passage ne résulte que d'un traité ou d'une coutume locale, ce qui n'est pas applicable au cas actuel.

On peut aussi introduire en droit international un principe tiré du droit interne lorsqu'il s'agit, en droit interne, d'un principe universellement reconnu et si ce principe n'est pas en conflit avec les règles du droit international lui-même; et c'est avec force que le Portugal invoque le principe du droit interne que l'on peut appeler une servitude nécessaire. On soutient que quand le fonds

of land and his land is surrounded by the lands of other owners, the former has a right of access to a public road. This right of access arises out of necessity because but for this access the owner would be landlocked and would not be able to get out of his land, and therefore, in these circumstances, municipal law presupposes a right of way in the first owner over the lands of other owners. In my opinion, it would be extremely unsafe to draw an analogy between the rights of an owner and the obligations of other owners under municipal law and the rights and obligations of States under international law. There can be no comparison between private property and territorial sovereignty nor can there be any comparison between a citizen and a sovereign State. A sovereign State can pass any legislation affecting private property. It can compel the owner of land to cede any right to neighbouring owners. But that surely cannot be true of territorial sovereigns. Portugal cannot compel India to cede any right to her nor can India be placed under any obligation because Portugal is under a necessity to have access to her enclaves. Further, such a rule would obviously be in contradiction with the one undisputed well-established principle of international law, namely, territorial sovereignty, and therefore there is no scope for importing this principle of municipal law into the domain of international law.

Even in municipal law parties may agree as to the nature and extent of an easement, and if parties agree, then municipal law will not presume an easement of necessity. In this case, the relations between Portugal and the territorial sovereign of India clearly demonstrate that the conditions of Portugal's passage or transit over Indian territory were clearly settled and those conditions were that Portugal had no right to a passage or transit but she could only be afforded such facilities as the Indian Government, in its absolute discretion, thought fit to concede. Therefore, Portugal has failed to make out any case, let alone an arguable case, that India's discretion with regard to this particular subject-matter, which clearly falls within her own domestic jurisdiction, is controlled by any international obligation or that there is any rule of international law which takes this matter out of the reserved domain. Under the circumstances, I think that the Court should uphold this Objection raised by India and should decide that there is no necessity for further investigation of the facts and no useful purpose would be served by joining this Objection to the hearing.

* * *

I now come to the last and final Objection of India, which is Objection Six. It is with regard to *ratione temporis*, and India's contention is that the dispute brought before the Court arose

d'un propriétaire terrien est entouré par des fonds appartenant à d'autres propriétaires, le premier a le droit d'accéder à la voie publique. Ce droit d'accès naît de la nécessité, car, sans lui, le propriétaire serait enfermé dans ses terres et ne pourrait pas en sortir. Pour ces raisons, dans ces circonstances, le droit interne suppose l'existence d'un droit de passage en faveur du premier propriétaire à travers les fonds des autres propriétaires. J'estime qu'il est fort imprudent de chercher une analogie entre les droits d'un propriétaire et les obligations d'autres propriétaires en droit interne, et les droits et les obligations des États en droit international. Aucune comparaison n'est possible entre la propriété privée et la souveraineté territoriale, ni entre un citoyen et un État souverain. Un État souverain peut passer n'importe quelle loi affectant la propriété privée. Il peut forcer le propriétaire terrien à céder son droit aux propriétaires voisins. Mais il n'en est certainement pas de même des souverains territoriaux. Le Portugal ne peut forcer l'Inde à lui céder un droit, et l'Inde ne peut se trouver dans l'obligation de le céder, pour le motif que le Portugal devrait, par nécessité, avoir accès à ses enclaves. De plus, cette règle serait nettement en contradiction avec le principe de droit international incontesté et bien établi, à savoir: le principe de la souveraineté territoriale. Pour cette raison, il n'y a pas lieu d'introduire ce principe de droit interne dans le domaine du droit international.

Même en droit interne, les parties peuvent se mettre d'accord quant à la nature ou à l'étendue d'une servitude, et si les parties sont d'accord, le droit interne ne présume pas une servitude nécessaire. Dans le cas actuel, les relations entre le Portugal et le souverain territorial de l'Inde démontrent nettement que les conditions du passage ou du transit du Portugal sur le territoire indien étaient clairement établies. Selon ces conditions, le Portugal n'avait pas le droit de passage ou de transit, et ne pouvait bénéficier que des facilités que le Gouvernement indien, à son entière discrétion, trouvait bon de lui accorder. Par conséquent, le Portugal n'a pas réussi à prouver sa thèse — et moins encore à montrer qu'elle fût soutenable — selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de l'Inde, qui relève nettement de sa compétence nationale, serait soumis à une obligation internationale ou à une règle de droit international en vertu de laquelle la question ne relèverait plus du domaine réservé. J'estime que, dans ces circonstances, la Cour devrait maintenir cette exception soulevée par l'Inde et décider qu'il n'est pas nécessaire de continuer une enquête sur les faits et qu'il ne servirait à rien de joindre cette exception au fond.

* * *

Je vais examiner maintenant la sixième et dernière exception de l'Inde. Elle se rapporte à la limitation *ratione temporis*. L'Inde soutient que le différend porté devant la Cour est né avant le 5 février

prior to 5th February, 1930, with regard to situations or facts prior to that date and that therefore the dispute is clearly excluded from the competence of the Court by reason of her reservation in her Declaration of 28th February, 1940. It is clear from the jurisprudence of the Court that the only facts or situations which can be considered for the purpose of this Objection are those facts or situations which are the source or cause of the dispute. It is clear to my mind that the source of the dispute is the divergence of opinion between India and Portugal as to the legal implications of what transpired from 1812 onwards. The divergence is not only as to what happened in 1954. The divergence is as to the whole concatenation of facts and situations relied on by Portugal for asserting her right. Portugal says that India has acted contrary to her obligation to allow right of passage to Portugal and the breach of her obligation only took place in 1954, and therefore it is irrelevant to consider for the purpose of this Objection any facts or situations prior to 1954. This is clearly a fallacy. The obligation of India itself is in dispute and according to Portugal herself the obligation of India arises from facts and situations prior to 1930. The question that the Court has to consider is not whether there was any breach of Portugal's legal right by India in 1954. The question is whether Portugal had any legal right at all and Portugal can only establish the legal right by a body of evidence from 1818 to 1954 which forms a single and continuous whole. This is not a new dispute which Portugal seeks to bring before the Court. The conflict of views between the two Governments stretches back to 1818. It is a dispute as to the true result in law of facts and situations from 1818 onwards. In the *Phosphates in Morocco* case (P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 24), the Court observed that the expression "facts and situations" was wide enough to embrace all the different facts capable of giving rise to a dispute, and a situation would include within its connotation not merely facts but also legal consequences resulting from a given set of facts. Again, in the *Phosphates in Morocco* case, dealing with the general object of the limitation *ratione temporis*, it is stated (p. 24): "... 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". This observation in all its force applies to the present case. The Government of India was not in a position to foresee the legal proceedings to which the facts and situations from 1818 onwards might give rise. And the whole object of India's limitation contained in her Declaration is to prevent adjudication by the Court with regard to such

1930 et se rapporte à des situations ou des faits antérieurs à cette date et que, pour cette raison, le différend est nettement exclu de la compétence de la Cour, à cause de la réserve de sa déclaration du 28 février 1940. Si on examine la jurisprudence de la Cour, il est évident que les seuls faits et situations dont on puisse tenir compte, aux fins de cette exception, sont les faits ou situations qui sont la source ou la cause du différend. A mes yeux, il est clair que la source du différend est la divergence d'opinion entre l'Inde et le Portugal quant aux conséquences juridiques de ce qui s'est produit à partir de 1812. La divergence ne se rapporte pas seulement à ce qui est arrivé en 1954: elle couvre tout l'enchaînement des faits et des situations invoqués par le Portugal pour affirmer son droit. Le Portugal prétend que l'Inde a agi en violation de son obligation de permettre le droit de passage au Portugal et que cette infraction n'a eu lieu qu'en 1954; c'est pourquoi il serait inutile d'examiner, aux fins de cette exception, tous les faits ou toutes les situations antérieurs à 1954. Ce raisonnement est certainement faux. L'obligation même de l'Inde est contestée, et, selon le Portugal lui-même, l'obligation de l'Inde naît de faits et de situations antérieurs à 1930. La question que la Cour doit examiner n'est pas celle de savoir s'il y a eu, en 1954, infraction par l'Inde au droit juridique du Portugal. La question à examiner est celle de savoir si le Portugal avait un droit quelconque, et le Portugal ne peut démontrer l'existence d'un droit que par un ensemble de preuves qui se situe entre 1818 et 1954 et forme un tout continu. Ce n'est pas là un nouveau différend que le Portugal essaie de soumettre à la Cour. Le conflit d'opinions existant entre les deux Gouvernements remonte à 1818. C'est un différend concernant le véritable résultat en droit de faits et de situations qui se sont produits depuis 1818. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* (C. P. J. I., Série A/B, n° 74, p. 24), la Cour a observé que l'expression « faits et situations » était assez large pour embrasser tous les différents faits susceptibles de donner naissance à un différend, et que le sens du terme « situation » comprendrait non seulement les faits mais aussi les conséquences juridiques résultant d'une série de faits donnés. Toujours dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour, en parlant de l'objet général de la limitation *ratione temporis*, a déclaré: « ... 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). Cette observation s'applique à la présente espèce avec toute sa force. Le Gouvernement de l'Inde ne pouvait pas prévoir les procédures juridiques auxquelles les faits et situations survenus depuis 1818 pourraient donner lieu. Le seul but de la limitation de l'Inde contenue dans sa déclaration

facts and situations. In my opinion, there is no answer to India's Sixth Objection.

I should like to make one general observation with regard to the question of the jurisdiction of the Court. It has been said that a good judge extends his jurisdiction. This dictum may be true of a judge in a municipal court; it is certainly not true of the International Court. The very basis of the jurisdiction of this Court is the will of the State, and that will must clearly demonstrate that it has accepted the jurisdiction of the Court with regard to any dispute or category of disputes. Therefore, whereas a municipal court may liberally construe provisions of the law which confer jurisdiction upon it, the International Court on the other hand must strictly construe the provisions of the Statute and the Rules and the instruments executed by the States in order to determine whether the State objecting to its jurisdiction has in fact accepted it.

I would, therefore, dismiss Portugal's claim on the ground that the Court has no jurisdiction to entertain it.

(Signed) M. C. CHAGLA.

est d'empêcher la Cour de statuer sur de tels faits et situations. J'estime qu'il n'existe pas de réponse à la sixième exception de l'Inde.

J'aimerais faire une observation d'ordre général relative à la question de la juridiction de la Cour. Il a été soutenu qu'un bon juge élargit sa compétence. Cette affirmation peut être vraie lorsqu'il s'agit d'un juge dans un tribunal régi par le droit interne; elle ne l'est certainement pas de la Cour internationale. La base même de la juridiction de cette dernière est la volonté de l'État, et cette volonté doit clairement démontrer que celui-ci a accepté la juridiction de la Cour à l'égard de tout différend ou de toute catégorie de différends. Pour cette raison, tandis qu'un tribunal de droit interne peut interpréter libéralement les dispositions juridiques lui conférant compétence, la Cour internationale, au contraire, doit interpréter strictement les dispositions du Statut et du Règlement et les instruments signés par les États, afin de déterminer si l'État qui a soulevé une exception à sa compétence l'a, en fait, acceptée.

Pour ces raisons, je serais d'avis de débouter le Portugal de sa demande pour le motif que la Cour est incompétente pour en connaître.

(Signé) M. C. CHAGLA.