

OPINION DISSIDENTE DU JONKHEER VAN EYSINGA

La requête italienne du 30 mars 1936, contre la recevabilité de laquelle s'élèvent les six exceptions préliminaires françaises et, le cas échéant, les autres exceptions que, d'après les conclusions françaises du 14 décembre 1936, la Cour pourrait juger à propos d'y ajouter ou substituer, se dirige contre un état de choses que le Gouvernement italien prétend être contraire à certaines clauses de l'Acte général d'Algésiras du 7 avril 1906 telles qu'elles ont été modifiées sur la base de l'acceptation par les États contractants d'Algésiras du Traité franco-allemand du 4 novembre 1911. La requête commence par mentionner les articles pertinents des instruments diplomatiques précités; elle expose ensuite comment ces clauses ont été violées de trois différentes manières, « agissements » que la requête caractérise comme « fait illicite continué et permanent », et comme accaparement des phosphates marocains, accaparement qui, d'après la demande principale italienne, serait contraire aux obligations internationales du Maroc et de la France, et devrait de ce chef être annulé avec toutes les conséquences qui en découlent.

La demande italienne s'explique par le fait que la gestion de l'administration de l'Empire chérifien est, en grande partie, déterminée d'une façon internationale et qu'une grande partie de l'Empire se trouve placée sous protectorat français.

*

Le Maroc a été un État souverain à régime exterritorial, et ce régime était entre autres caractérisé par un certain nombre de conventions collectives dans lesquelles les Puissances intéressées à l'Empire chérifien ont, ensemble avec celui-ci, réglé les matières dont la réglementation était jugée opportune. On peut citer sous ce rapport la Convention collective de Tanger de 1865 concernant le phare du cap Spartel, ainsi que la Convention de Madrid de 1880 relative entre autres aux « protégés » au Maroc, et dont l'article 17 reconnaissait à toutes les Puissances représentées à la Conférence de Madrid le traitement de la nation la plus favorisée. C'est sur la base de cette dernière clause que s'est réunie, en 1906, la Conférence d'Algésiras. L'Acte général d'Algésiras du 7 avril 1906 qui en est résulté a doté le Maroc d'un régime qui couvre d'une sorte de double internationalisation une partie importante de l'administration de l'Empire chérifien. Double en effet, car, en premier

DISSENTING OPINION BY JONKHEER VAN EYSINGA.

[*Translation.*]

The Italian Application of March 30th, 1936—the admissibility of which is disputed by the French Government's six preliminary objections, in addition to any others which, as indicated in the French submissions of December 14th, 1936, the Court might see fit to add or substitute—is directed against a situation which the Italian Government alleges to be an infraction of certain clauses of the General Act of Algeciras of April 7th, 1906, as modified in consequence of the acceptance of the Franco-German Treaty of November 4th, 1911, by the contracting States of the Act of Algeciras. The Application begins by a reference to the relevant articles of the above-mentioned diplomatic instruments; it goes on to show how these clauses have been transgressed by acts of three different kinds, these "proceedings" being described in the Application as "a continuing and permanent unlawful act", and as a "monopolization of the Moroccan phosphates"; the latter, according to the main Italian submission, is inconsistent with the international obligations of Morocco and of France and should for that reason be annulled with all the consequences that ensue.

The submission of this claim by Italy is to be ascribed to the fact that the administration of the Shereefian Empire is in a large measure governed by international arrangements and that a considerable part of that Empire is under French protection.

*

Morocco was a sovereign State with an extraterritorial régime, which included among other features a certain number of collective conventions by which the Powers interested in the Shereefian Empire regulated, in conjunction with the latter, such matters as appeared to call for regulation. In this connection we may note the collective Convention of Tangier of 1865 concerning the Cape Spartel Lighthouse, also the Madrid Convention of 1880 relating, among other matters, to "protected persons" in Morocco, Article 17 of which Convention assured the most-favoured-nation treatment to all the Powers represented at the Madrid Conference. It was on the basis of that clause that the Algeciras Conference was convened in 1906. The General Act of Algeciras of April 7th, 1906, which emerged from that Conference, endowed Morocco with a régime internationalizing a large part of the administration of the Shereefian Empire in a twofold sense. Twofold because, in the first

lieu, le statut du Maroc a une base internationale, savoir une convention collective ; et, en second lieu, les clauses de l'Acte d'Algésiras, qui prévoient la liberté économique sans aucune inégalité, par conséquent la porte ouverte, se réalisent d'une façon internationale, le Corps diplomatique à Tanger et des commissions internationales jouant un grand rôle dans leur application. C'est ainsi que par exemple le dahir du 19 janvier 1914 portant réglementation pour la recherche et l'exploitation des mines dans la zone du protectorat français de l'Empire chérifien, dahir qui contient des clauses spéciales pour la recherche et l'exploitation des phosphates, a été établi sur la base de tractations internationales.

En 1912, le statut international de l'Empire chérifien a subi une modification importante. Les Puissances ont alors accepté la prépondérance française, à condition toutefois qu'aucune atteinte ne fût portée au principe de la porte ouverte. La prépondérance française a pris corps dans la Convention franco-marocaine de protectorat du 30 mars 1912, à laquelle les Puissances furent sollicitées d'adhérer.

Il s'ensuit que le régime du protectorat marocain est plus compliqué que là où un seul État colonisateur se trouve en face d'un État protégé. En effet, de nombreuses clauses de l'Acte d'Algésiras ont continué depuis 1912 à être de droit, comme M. Basdevant l'a montré dans sa belle étude « *Die Entwicklung der Marokko-Frage* » (*Jahrbuch des Völkerrechts*, I, 1913, pp. 742 et sqq.). Abstraction faite de la zone espagnole et de la zone de Tanger, on se trouve en présence d'un État dont le statut international est grandement déterminé par des conventions collectives et qui se trouve sous la protection d'un des États contractants de ces conventions.

La Convention de protectorat franco-marocaine de 1912 prévoit que tout ce qui regarde les relations entre l'Empire chérifien et les Puissances étrangères sera de la compétence de la France. Il paraît résulter de cet état de choses que, tout en distinguant entre d'une part les intérêts et les obligations internationales du Maroc et d'autre part ceux de la France (voir également le Mémoire italien, p. 59, par. 44, dernier al.), la requête italienne vise seulement la France, laquelle, aux termes de la requête même, a à supporter une double responsabilité : responsabilité indirecte lui revenant en tant qu'État protecteur du Maroc, et responsabilité personnelle et directe découlant d'actes accomplis par les autorités françaises ou avec leur collaboration, en vue d'intérêts purement français. La France n'a pas formulé d'objection à ce sujet, sauf, peut-être, lorsque l'agent français a dit : « Je ne m'arrête pas non plus à la prétention de faire exercer par le Gouvernement de la République, à l'égard de ces actes » (tous les actes que la France

place, the status of Morocco has an international basis, i.e., it is a collective convention; and secondly, because the clauses of the Algeciras Act which provide for economic freedom, without any inequality—and hence for the open door—were implemented by international arrangements, in the application of which the diplomatic Corps at Tangier and international commissions played an important part. Thus, for example, the dahir of January 19th, 1914, which regulates the prospecting and working of mines in the French Protectorate zone of the Shereefian Empire and which contains special clauses in regard to prospecting for and working phosphates, was drawn up in pursuance of international arrangements.

In 1912, the international status of the Shereefian Empire underwent an important change. The Powers then accepted the preponderance of France, on condition however that there should be no departure from the principle of the open door. The preponderance of France found expression in the Franco-Moroccan Protectorate Convention of March 30th, 1912, to which the Powers were asked to accede.

It will be seen from the foregoing that the régime of the Moroccan Protectorate is more complicated than that found where a single Colonial Power has to deal with a protected State. Many of the clauses of the Algeciras Act have continued to be applicable since 1912, as M. Basdevant has pointed out in his remarkable treatise "*Die Entwicklung der Marokko-Frage*" (*Jahrbuch des Völkerrechts*, I, pp. 742 et sqq.). Disregarding the Spanish and Tangier zones, the case we have to consider is that of a State, whose international status is in a large measure determined by collective conventions and which is under the protection of one of the States parties to these conventions.

The Protectorate Convention of 1912 between France and Morocco provides that, for all questions concerning relations between the Shereefian Empire and foreign Powers, France shall be competent. It is, apparently, owing to this situation that the Italian Application, although it makes a distinction between the interests and international obligations of Morocco, on the one hand, and those of France, on the other hand (see also the Italian Memorial, p. 59, No. 44, last para.), is directed solely against France, who, as is indeed said in the Application, has incurred a twofold responsibility: an indirect responsibility as the State protecting Morocco, and a personal and direct responsibility arising from the acts performed by the French authorities or in co-operation with them, for the benefit of purely French interests. France did not demur to this attitude, except perhaps when the French Agent said: "Nor will I dwell on the demand which seeks to make the Government of the French Republic exercise powers of annulment

et le Maroc ont accomplis en vue de l'accaparement des phosphates, à savoir les actes constitutifs du monopole et du cartel, la décision de 1925 refusant à Tassara la qualité d'inventeur, et les autres actes incompatibles avec le rétablissement de la liberté économique pour les phosphates du Maroc), « une compétence d'annulation qu'il ne possède pas, que le régime de protectorat, reconnu par le Gouvernement italien, ne lui permet pas d'exercer. » (Exposés oraux, I, p. 101.)

*

Comme il a déjà été relevé, la demande principale italienne porte contre une série d'« agissements » indiqués dans la requête et constituant un « fait illicite continué et permanent » : l'« accaparement des phosphates marocains ». Cet accaparement, d'après la requête italienne, met en jeu la responsabilité internationale de la France, et ceci sous trois aspects différents. En premier lieu, l'établissement du monopole des phosphates serait contraire au principe de la porte ouverte contenu dans l'Acte d'Algésiras ainsi qu'à son article 112, qui prévoit des concessions pour les mines, minières et carrières ; ensuite, la décision du Service des Mines du 8 janvier 1925 contre les intéressés italiens serait entachée d'excès de pouvoir et de détournement de pouvoir ; et, troisièmement, les entraves auxquelles les intéressés italiens se sont heurtés lorsqu'ils ont tâché de faire révoquer la décision du Service des Mines constitueraient un véritable déni de justice.

*

Dans la dernière de ses six exceptions préliminaires, celle que la Cour a retenue, la France objecte à la requête italienne que le différend dont l'Italie a saisi la Cour s'est élevé au sujet de situations et de faits antérieurs au 7 septembre 1931 et que, dès lors, il échappe à la juridiction obligatoire de la Cour ; partant, la requête italienne serait irrecevable. Cette exception préliminaire nie la compétence même de la Cour.

Savoir si, oui ou non, la juridiction obligatoire de la Cour existe dans la présente affaire, revient à savoir si le différend italo-français rentre dans le cadre de la déclaration française du 19 septembre 1929. Il y a lieu d'observer que, sous ce rapport, la France ne base pas son raisonnement sur la déclaration italienne du 9 septembre 1929 ; d'ailleurs, le libellé de cette déclaration ne paraîtrait pas s'y prêter.

in regard to these acts" (i.e., all the acts which France and Morocco have performed with a view to effecting the monopolization of phosphates, in particular, the acts instituting the monopoly and the cartel, the decision of 1925 refusing to acknowledge Tassara as discoverer, and the other acts incompatible with the restoration of economic liberty in regard to Moroccan phosphates) "which she does not possess, and which the Protectorate régime recognized by the Italian Government does not allow her to exercise" (Oral Pleadings, I, p. 101).

*

As has already been observed, the main Italian claim is therefore directed against a series of "proceedings", mentioned in the Application and said to constitute "a continuing and permanent unlawful act", the "monopolization of the Moroccan phosphates". This monopolization, according to the Italian Application, involves the international responsibility of France, under three different aspects: the first aspect being the creation of the monopoly, said to be contrary to the principle of the open door laid down in the Act of Algeciras, and to Article 112 of that Act, which prescribes the system of concessions for mines, mining works and quarries; the second aspect being the Department of Mines' decision of January 8th, 1925, against the Italian claimants which is characterized as *ultra vires*, and constituting a misuse of power; and the third aspect being the obstacles which were placed in the way of the Italian claimants when they sought to obtain a reversal of the Department of Mines' decision, this being alleged to constitute an actual denial of justice.

*

In the last of its six preliminary objections, that upon which the Court has adjudicated, France has objected to the Italian Application on the ground that the dispute which Italy has submitted to the Court has arisen in regard to situations and facts prior to September 7th, 1931; that, accordingly, it falls outside the scope of the Court's compulsory jurisdiction; and hence that the Italian Application cannot be entertained. This preliminary objection in fact denies the jurisdiction of the Court.

The question whether the Court's compulsory jurisdiction exists in the present case is the same as the question whether the Italian-French dispute falls within the scope of the French declaration of September 19th, 1929. It should be observed in that connection that France does not found her argument on the Italian declaration of September 9th, 1929—the text of which, moreover, would not appear to lend itself to such reasoning.

D'après la déclaration française, la Cour est compétente pour « tous les différends qui s'élèveraient après la ratification de la présente déclaration au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification ». Pour arriver à une décision en ce qui regarde la sixième exception préliminaire française, il s'agit donc d'interpréter les mots cités. Abstraction faite d'un détail particulier à la déclaration française, — *des situations ou des faits* au lieu de *de*, détail qui ne paraît pas avoir d'importance, — les mots cités se trouvent dans un grand nombre de déclarations analogues; pour la première fois, ils ont figuré dans celle de la Belgique (25 sept. 1925).

Par « différend », la déclaration française vise des différends entre États et non par exemple le différend entre les intéressés italiens et les autorités du Maroc, différend qui est un des « *faits générateurs* » — terme souvent employé dans cette affaire — du différend italo-français, dont celui-ci est « *né* » — terme également souvent employé. Il faut se garder de mêler ces deux sortes de différends, et, dans cet ordre d'idées, il est bon de rappeler que le différend italo-français qui actuellement se trouve devant la Cour ne s'est pas élevé avant le 16 juin 1933, date à laquelle l'Italie a pris fait et cause pour ses ressortissants.

D'autre part, le différend italo-français s'est élevé « après la ratification de la présente déclaration ». Ces derniers mots, dans le contexte de la déclaration française, se réfèrent à la ratification française dont l'instrument a été déposé le 25 avril 1931. Et même si l'on voulait appliquer ici, par le jeu de la réciprocité, la date du dépôt de l'instrument de la ratification italienne, savoir le 7 septembre 1931, il n'en resterait pas moins vrai que le différend s'est élevé « après la ratification de la présente déclaration », ratification qui est nécessairement antérieure à la date du dépôt de l'instrument de ratification.

La question de savoir si la Cour est compétente pour connaître de la présente affaire dépend donc, en dernière analyse, des mots suivants de la déclaration française : « au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification ». Ces mots démontrent que la déclaration distingue d'une part les situations, et d'autre part les faits au sujet desquels les différends doivent s'élever pour être de la compétence de la Cour.

La conclusion de la requête sous a) porte que l'accaparement des phosphates marocains effectué par étapes, de 1920 à 1934, au profit d'intérêts français, est contraire aux obligations internationales du Maroc et de la France et doit être annulé de ce fait avec toutes les conséquences qui en découlent. La demande vise, comme il a été indiqué plus haut, une série d'« agissements », formant et illustrant ensemble le nouveau régime phosphatier du Maroc et que la requête caractérise comme un fait illicite continué et permanent. Cette continuité et permanence de

According to the French declaration, the Court has jurisdiction for "any disputes which may arise after the ratification of the present declaration with regard to situations or facts subsequent to such ratification". In order to adjudicate upon the sixth of the French preliminary objections, we have therefore to interpret the words quoted above. Disregarding a minor difference in the French declaration which speaks of "*des situations*" and "*des faits*" in place of "*de*"—a detail apparently of no significance—, we find the same words employed in a large number of similar declarations; they appeared for the first time in the Belgian declaration (Sept. 25th, 1925).

By the term "dispute" the French declaration means disputes between States, and not for instance the dispute between the Italian claimants and the Moroccan authorities, the latter dispute being one of the "*causal facts*"—a term often employed in this case—of the Italian-French dispute, from which it "*arose*"—another term which is also frequently used. We must beware of confusing these two kinds of disputes, and in that connection we should remember that the Italian-French dispute now before the Court did not arise before June 16th, 1933, the date on which Italy took up the cause of its nationals.

Again, the French-Italian dispute arose "after the ratification of the present declaration". The latter words, in their context in the French declaration, refer to the ratification by France, the instrument of which was deposited on April 25th, 1931. And even if it were thought necessary, applying the principle of reciprocity, to be guided in this case by the date of deposit of the Italian instrument of ratification, i.e., September 7th, 1931, it would be none the less true that the dispute arose "after the ratification of the present declaration", which was necessarily earlier than the date of deposit of the instrument of ratification.

The question whether the Court has jurisdiction to entertain the present suit depends, in the last analysis, on the following words of the French declaration: "with regard to the situations or the facts subsequent to such ratification". These words show that the declaration draws a distinction between situations, on the one hand, and facts, on the other hand, with regard to which disputes must arise in order to fall within the Court's jurisdiction.

The submission in the Application under (a) declares that the monopolization of the Moroccan phosphates accomplished by stages, between 1920 and 1934, for the benefit of French interests, is inconsistent with the international obligations of Morocco and France and that it must, for that reason, be annulled with all the consequences that ensue. The claim refers, as was said above, to a series of "proceedings" which together constitute and are typical of the new phosphate régime in Morocco and which are described in the Application as a continuing and

quelque chose d'illicite constitue bien une situation, et c'est bien au sujet de cette situation que le différend italo-français s'est élevé. Il suffit de constater que cette situation, que l'Italie prétend être en contradiction avec l'Acte général d'Algésiras, a existé postérieurement à la « ratification », pour conclure que la Cour est compétente pour connaître du différend.

On a dit que la déclaration française limite la juridiction obligatoire de la Cour aux différends qui sont *nés* de situations ou de faits postérieurs à la ratification (Exposés oraux, II, p. 338), et dans le même ordre d'idées on a estimé que la déclaration française donne lieu à rechercher « *les faits générateurs du différend* », faits qui seraient antérieurs à la ratification. L'idée que la déclaration française ne soumet à la juridiction obligatoire de la Cour que les différends qui sont nés de situations ou de faits postérieurs à la ratification se retrouve déjà dans le titre du paragraphe III des Exceptions préliminaires françaises, page 81, titre qui, du reste, ne mentionne pas les situations et qui a la teneur suivante : « Différend né de faits antérieurs à l'acceptation de la juridiction obligatoire ».

Il y a lieu de remarquer à ce sujet que cette tentative de restreindre la portée de la déclaration française introduit dans le libellé de celle-ci quelque chose qui ne s'y trouve pas. La déclaration française accepte la juridiction de la Cour pour « tous les différends qui s'élèveraient au sujet des situations postérieures à cette ratification ». Eh bien, *un différend qui s'élève au sujet des situations postérieures à telle date* est autre chose qu'un différend dont les faits générateurs sont postérieurs à cette date, qu'un différend qui est né d'une situation postérieure à la même date. En voulant interpréter la déclaration française de cette façon, on en limite la portée d'une façon qui ne s'accorde guère avec la formule plus générale de la déclaration « au sujet » de situations postérieures à la date critique.

Il s'ensuit que j'estime non fondée la sixième exception préliminaire française.

Le présent exposé n'entre pas dans une appréciation des autres exceptions préliminaires formulées ou entrevues par les conclusions françaises du 14 décembre 1936.

J'ajoute que, en ce qui concerne la forme donnée à l'arrêt, je ne peux pas me rallier à la suppression de l'exposé des faits que la Cour a eu jusqu'à présent l'habitude d'inclure dans ses avis consultatifs et dans ses arrêts, que ceux-ci tranchent le fond d'une affaire ou se rapportent à une exception préliminaire.

(Signé) v. EYSINGA.

permanent unlawful act. This continuity and permanence of an unlawful act certainly constitutes a situation, and it is indeed with regard to that situation that the Italian-French dispute arose. It suffices to note that this situation, which Italy alleges to be inconsistent with the Act of Algeciras, existed subsequently to the ratification, in order to conclude that the Court has jurisdiction in the dispute.

It has been said that the French declaration limits the Court's compulsory jurisdiction to disputes *arising* from situations or facts subsequent to the ratification (Oral Statements, II, p. 338), and arguing on these lines, it has been held that the French declaration makes it necessary to seek "*the causal facts of the dispute*", these facts being said to be prior to the ratification. The idea that the French declaration only submits to the Court's compulsory jurisdiction disputes arising from situations or facts subsequent to the ratification appears again in the title of paragraph III of the French Preliminary Objections, page 81—a title which, be it observed, makes no mention of situations, and is worded as follows: "Dispute arising out of facts prior to the acceptance of compulsory jurisdiction".

It should be noted, in regard to that point, that this attempt to restrict the scope of the French declaration reads into its text something that it does not contain. The French declaration accepts the Court's jurisdiction for "any disputes which may arise.... with regard to situations.... subsequent to such ratification". Now, a *dispute* "*which arises with regard to situations subsequent to a given date*" is something different from a *dispute* the causal facts of which are subsequent to that date, or from a *dispute* which arises from a situation subsequent to that date. The attempt to interpret the French declaration in this way limits its scope in a manner which is scarcely consistent with the more general formula, used in the declaration, "with regard to" situations subsequent to the crucial date.

In view of the foregoing, I consider the sixth of the French preliminary objections to be ill-founded.

In the present statement I have refrained from any expression of opinion regarding the other preliminary objections formulated or envisaged in the French submissions of December 14th, 1936.

I would add that, as regards the form in which the judgment is drawn up, I am unable to agree with the omission of the statement of facts which it has hitherto been the Court's practice to include in its advisory opinions as well as in its judgments, whether these relate to the merits of a case or to a preliminary objection.

(Signed) v. EYSINGA.