

OPINION INDIVIDUELLE DE M. CHENG TIEN-HSI

[Traduction.]

Je suis d'accord sur la conclusion à laquelle arrive l'arrêt de la Cour, à savoir que la requête du Gouvernement italien n'est pas recevable. Mais je regrette de ne pouvoir me rallier à certains des motifs énoncés dans l'arrêt, et cette divergence me paraît d'importance suffisante pour que j'estime devoir exposer brièvement mon opinion individuelle.

Selon moi, l'exception du Gouvernement français, qui se fonde sur la question de la juridiction obligatoire, n'est fondée que dans la mesure où elle vise la partie de la demande qui est énoncée dans la conclusion *b*) de la requête; elle n'est pas fondée en tant qu'elle a trait à la partie de la demande qui est énoncée dans la conclusion *a*) de ladite requête; mais, en ce qui est de cette dernière conclusion, l'exception tirée de l'absence de négociations diplomatiques devrait être retenue.

Pour ce qui est de la décision du Service des Mines, il est juste de dire que le différend s'est élevé au sujet d'un fait antérieur à la date critique, car cette décision a été rendue en 1925. Si elle était injuste, le tort qu'elle a causé l'a été en 1925. Si elle subsiste, c'est simplement à l'état de préjudice auquel il n'a pas été porté remède; mais elle ne commet point de lésion nouvelle, n'enfreint pas de nouveau droit et, partant, ne donne naissance à aucune situation ni à aucun fait nouveau. Sous le point de vue du préjudice causé, il s'agit, non pas d'un fait existant, mais entièrement d'une chose du passé. Le même raisonnement s'applique au déni de justice prétendu, car il s'agit là simplement d'un ancien différend, c'est-à-dire de la décision de 1925. Une conclusion différente entraînerait comme conséquence la possibilité de faire revivre n'importe quel ancien différend, simplement en demandant sous une forme quelconque réparation d'un tort, avec le ferme espoir de se la voir refuser. Mais le même argument ne peut s'appliquer à la question du monopole. Car le monopole — bien qu'il ait été institué par le dahir de 1920 — existe encore aujourd'hui. Il s'agit là d'une situation ou d'un fait actuel. S'il en résulte une injustice, cette injustice ne provient pas simplement du fait qu'elle a été causée, mais du fait que le tort continue à être causé à ceux dont, prétend-on, les droits conventionnels ont été enfreints, et le préjudice ne poursuit pas simplement son existence antérieure, mais il acquiert même une nouvelle existence chaque jour, tant que demeure en vigueur le dahir qui l'a institué pour la première fois. Le cas du monopole diffère entièrement de celui où une partie lésée n'a pas obtenu satisfaction en

SEPARATE OPINION OF Mr. CHENG TIEN-HSI.

I agree with the conclusion of the judgment to the effect that the Application of the Italian Government cannot be entertained, but regret that I am unable to agree with some of the reasons given in the judgment, which appear to me to be of sufficient importance and make me feel that I should set out briefly my own opinion.

In my opinion, the objection of the French Government based on the question of compulsory jurisdiction is valid only in so far as it relates to the part of the claim stated in submission (b) of the Application but invalid in so far as it relates to the part of the claim stated in submission (a); while as regards the latter submission, the objection based on want of diplomatic negotiation should be upheld.

So far as the decision of the Mines Department is concerned, it is right in holding that the dispute has arisen in regard to a fact anterior to the crucial date, because the decision was given in 1925. If it was wrongful, it was a wrong done in 1925. If it subsists, it subsists simply as an injury unredressed; but it does no new mischief, infringes no new right, and therefore gives rise to no new fact or situation. Considered as a wrong, it is not an existing fact, but entirely a thing of the past. The same applies to the alleged denial of justice, because it merely relates to an old dispute, that is, the decision of 1925. To be otherwise would result in the possibility of reviving any old dispute, merely by demanding a remedy of some sort with the confident expectation that it should be refused. But the same cannot apply to the question of the monopoly. For the monopoly, though instituted by the dahir of 1920, is still existing to-day. It is an existing fact or situation. If it is wrongful, it is wrongful not merely in its creation but in its continuance to the prejudice of those whose treaty rights are alleged to have been infringed, and this prejudice does not merely continue from an old existence but assumes a new existence every day, so long as the dahir that first created it remains in force. The case of the monopoly is not at all the same as the case where an injured party has not obtained satisfaction for an alleged injury, which would be a case like the decision of 1925; nor is it merely the consequences of an illicit act, which would mean that the wrong was completed once for all at a given moment, nor is it quite the same thing as the case of a continued unlawful occupation of another's property, because in

réparation d'un tort prétendu, — ce cas serait analogue à la décision de 1925 ; il ne s'agit pas non plus simplement des conséquences d'un acte illicite, ce qui signifierait que le tort aurait été causé antérieurement et une fois pour toutes à un moment donné ; le cas n'est pas non plus tout à fait le même que celui d'une occupation illégale et continue de la propriété d'autrui, parce que, dans ce cas, la violation du droit du propriétaire a eu lieu à un moment déterminé et l'occupation illégale qui se poursuit est simplement la violation prolongée du même droit de la même personne, alors que le monopole peut causer de nouvelles infractions tant qu'il demeure en vigueur. En d'autres termes, l'interprétation ainsi donnée aux mots « situations ou faits postérieurs à cette ratification » ne se fonde pas sur une conception quelconque du droit pénal, mais se déduit entièrement de ces mots eux-mêmes ainsi que de la nature spéciale de la matière dont il s'agit. Il faut se souvenir que les mots importants de la déclaration française sont : « situations ou faits postérieurs à cette ratification », ce qui ne veut pas dire tout à fait la même chose que « des situations ou des faits *créés* postérieurement à cette ratification ». En conséquence, une situation ou un fait, qui existe postérieurement à la date critique, n'en demeure pas moins une situation ou un fait postérieur à cette date, même si ce fait ou cette situation a également existé auparavant. Pour pouvoir dire qu'une certaine situation ou un certain fait ne rentre pas dans la déclaration d'acceptation de la France, on doit donc nécessairement démontrer que la situation ou le fait est antérieur à la date critique, et il ne suffit pas de dire qu'il s'agit d'une situation juridique résultant de la législation de 1920 ou ne pouvant être envisagée à part de la législation dont cette situation ou ce fait est le résultat ; l'essence du différend, en effet, est la suivante : le demandeur se plaint de ce qu'il a constamment représenté comme un état de choses « continu et permanent » incompatible avec des droits étrangers plutôt que du simple fait de la création de cet état de choses ; si l'on ne tenait pas compte de ceci, l'on pourrait tout aussi bien prétendre que le différend sort du cadre de la déclaration française, pour le motif que, en dernière analyse, il s'est élevé au sujet de quelque chose qui ne peut être envisagé à part de l'Acte d'Algésiras de 1906, acte lui-même plus ancien en date que le dahir de 1920. Pour ces motifs, je suis d'avis que le monopole n'est pas une situation ou un fait antérieur à la date critique, et par conséquent, quels que puissent être les mérites de la demande, le différend qui le vise ne sort pas du domaine de la juridiction de la Cour.

A l'égard de l'autre exception, mes motifs sont brièvement les suivants :

that case the violation of the owner's right took place at a definite date and the continued unlawful occupation is merely the prolonged violation of the same right of the same person, whereas the monopoly is capable of new infringements as long as it is in force. In other words, the interpretation thus placed on the words "situations or facts subsequent to this ratification" is not based on any conception of criminal law, but arrived at purely from the plain meaning of the said words themselves and from the special nature of the subject involved. It must be remembered that the material words of the French declaration are "situations or facts subsequent to this ratification", which does not mean quite the same thing as "situations or facts *created* after the ratification". Consequently a situation or fact existing after the crucial date is no less a situation or fact subsequent, although it may have existed also before that date. In order to hold that a certain situation or fact is not covered by the French declaration, it is therefore necessary to show that the situation or fact is anterior to the crucial date and not enough to say that it is a legal position resulting from the legislation of 1920 or that it cannot be considered separately from the legislation of which it is the result; for the essence of the dispute is a complaint against what the Applicant has repeatedly maintained to be the "continuing and permanent" state of things at variance with foreign rights, rather than the mere fact of its creation, and, if this were ignored, one might just as well take the dispute out of the French declaration on the ground that, in the last analysis, the dispute has arisen in regard to something which cannot be considered separately from the Act of Algeciras of 1906, which is even older in date than the dahir of 1920. For these reasons, I am of the opinion that the monopoly is not a situation or fact anterior to the crucial date and, in consequence, whatever may be the merits of the claim, the dispute concerning it is not outside the jurisdiction of the Court.

As to the other objection, my reasons are shortly as follows :

Le Gouvernement italien soutient que, bien que l'on ne se soit peut-être pas servi du mot « accaparement » au cours des négociations diplomatiques qui ont précédé l'introduction de l'instance, ce qui constitue les éléments de l'accaparement a fait l'objet de nombreuses démarches de la part des intéressés, c'est-à-dire de MM. de Gennaro Musti et della Luccia, de la part de l'ambassade d'Italie — par exemple, l'aide-mémoire du 14 juin 1935 — et de M. Montagna, agent du Gouvernement italien. Mais, bien que certaines de ces démarches — par exemple, celles qui ont été entreprises par MM. de Gennaro Musti et della Luccia — ne puissent guère être considérées comme des négociations diplomatiques — puisqu'elles n'ont pas eu lieu entre des États —, toutes visaient en réalité la demande Tassara, et si la question d'accaparement s'est trouvée abordée, ce n'a été que par rapport à cette demande. Même au cours des entretiens qu'a eus M. Tassara avec M. de Saint-Quentin — entretiens dont le caractère diplomatique est contesté par le Gouvernement français —, la question du monopole n'était pas en réalité litigieuse; elle n'avait été mentionnée qu'à propos de la demande Tassara et constituait alors un point que le Gouvernement italien n'avait pas l'intention de soulever à ce moment. Le fait que le litige ne portait que sur la demande Tassara paraît ressortir clairement des documents suivants :

1. La note de l'ambassade d'Italie, en date du 16 juin 1933, dans laquelle le Gouvernement italien annonçait son intention « de se substituer à la société » et de « prendre en mains ses intérêts afin de rechercher par la voie diplomatique, avec le Gouvernement de la République, une solution au différend ».

2. La lettre du baron Aloisi, en date du 5 octobre 1934, où il est dit que, « les démarches faites dans la question intéressant la Société *Minière e Fosfati* au Maroc n'ayant abouti à aucun résultat, le Gouvernement italien se trouve dans la nécessité de porter le différend dont il s'agit devant la Cour permanente de Justice internationale de La Haye ».

3. L'aide-mémoire de l'ambassade d'Italie en date du 8 avril 1935, où il est dit que M. Montagna avait pour mission d'arriver à une entente au sujet de la question Tassara.

4. Le mémoire de janvier 1935 soumis à M. Laval et l'aide-mémoire du 14 juin 1935 adressé au Quai d'Orsay, dans lesquels il n'était question que de la demande Tassara; la question de la « porte ouverte » n'y était pas soulevée, et pouvait seulement l'être comme une éventualité.

5. La note de l'ambassade d'Italie, en date du 27 mars 1936, qui ne mentionnait que le différend relatif aux permis de recherche. Il est vrai que l'on a fait valoir, à propos de cette note, qu'elle est entachée d'erreurs flagrantes, mais il est diffi-

The Italian Government maintains that, although the word "monopolization" may not have been used in the course of the diplomatic negotiations before the institution of proceedings, what constitutes the elements of monopolization has been the subject of many representations made by interested parties, e.g., by MM. de Gennaro Musti and della Luccia; by the Italian Embassy, e.g., the *aide-mémoire* of June 14th, 1935; and by M. Montagna, Agent of the Italian Government. But while some of these representations, such as those made by MM. de Gennaro Musti and della Luccia, could hardly be considered as diplomatic negotiations, as they were not between States, all of them really concerned the Tassara claim; and if the question of monopolization was touched, it was touched only in reference to that claim. Even in the conversations which M. Montagna had with M. de Saint-Quentin—conversations the diplomatic character of which is disputed by the French Government—the subject of the monopoly was not really in dispute but was only referred to in connection with the Tassara claim, and was a question which the Italian Government did not then intend to raise. The fact that only the Tassara claim was in dispute seems clear from the following documents:

(1) The note of the Italian Embassy dated June 16th, 1933, announcing the intention of the Italian Government "to substitute itself for the company" and "to take up its cause in order by diplomatic means with the Government of the Republic to arrive at a solution of the dispute".

(2) The letter dated October 5th, 1934, of Baron Aloisi, saying: "as representations concerning the Company *Miniere e Fosfati* in Morocco have led to no result, the Italian Government is compelled to lay the dispute in question before the Permanent Court of International Justice at The Hague".

(3) The *aide-mémoire* of the Italian Embassy dated April 8th, 1935, mentioning that M. Montagna's mission was to arrive at an understanding on the Tassara question.

(4) The *mémoire* of January, 1935, submitted to M. Laval and the *aide-mémoire* of June 14th, 1935, submitted to the Quai d'Orsay, in both of which only the Tassara claim was really dealt with, while the question of "open door" was not raised but only might be raised as a contingency.

(5) The note dated March 27th, 1936, of the Italian Embassy, referring to the dispute concerning prospecting licences. It is true that it has been argued that the said note is full of inaccuracies; nevertheless it is hard to believe that this

cile de croire que cette communication officielle n'indique pas quels étaient réellement jusqu'à ce moment les points litigieux entre les deux Gouvernements.

On a fait valoir que, bien que, au cours de ces entretiens et négociations, le Gouvernement italien ait, dans un très grand esprit de conciliation, annoncé son intention de ne pas soulever la question générale relative à l'ensemble de la politique phosphatière de la France au Maroc, si l'on accordait un traitement équitable à ses ressortissants qui avaient eu à souffrir de cette politique, il avait donné cependant l'avertissement le plus clair. Mais un avertissement n'est pas la même chose qu'une négociation. L'essence d'une négociation est de discuter une question avec l'intention de la régler, alors qu'un avertissement est simplement l'intimation d'une intention d'agir d'une certaine manière (en l'espèce, de soulever certaines questions) dans une éventualité donnée. En fait, ces conversations et aide-mémoire font ressortir clairement que la demande Tassara et la question de l'accaparement sont en réalité des objets distincts ; en effet, selon ces conversations et aide-mémoire, si la demande Tassara avait été réglée, la question du monopole ou de l'accaparement aurait pu être et aurait été laissée de côté. Il s'ensuit que l'on ne peut guère représenter la demande Tassara comme étant simplement un élément de l'accaparement ; car, s'il en était ainsi, il serait plus logique que ces entretiens et aide-mémoire aient traité de la question de l'accaparement comme du point litigieux principal, dont le règlement aurait automatiquement fait aboutir la demande Tassara à une conclusion satisfaisante. On a également avancé que, même à supposer que la question générale n'ait pas été discutée au cours des entretiens diplomatiques, « il n'en reste pas moins qu'au cours de ces pourparlers on a examiné le différend relatif à l'éviction, contraire aux engagements internationaux, de M. Tassara et de ses ayants droit, éviction qui n'est que l'élément constitutif central de l'accaparement des phosphates marocains par la Puissance protectrice ». Mais, en représentant la prétendue éviction de M. Tassara et de ses associés comme un élément de l'accaparement des phosphates du Maroc, on soulève par là le point même que conteste le Gouvernement français et l'on énonce une affirmation qui demande à être prouvée. On a aussi soutenu en substance que, des démarches ayant été entreprises par les parties intéressées à propos des mêmes points que l'État entendait faire valoir devant la Cour, et des discussions ayant déjà eu lieu, une nouvelle discussion ayant le même contenu et poursuivie par la voie diplomatique aurait été superflue. Mais, dans la mesure où il s'agit de l'objet de l'accaparement, la question n'est pas de savoir si des démarches antérieurement tentées par les parties intéressées peuvent avoir

official communication does not show what was really in dispute between the two Governments up to that moment.

It has been argued that, although throughout these conversations and negotiations the Royal Government in the most conciliatory spirit declared its intention not to raise the general question of France's whole phosphates policy in Morocco, if fair treatment were meted to its nationals who had suffered from that policy, the clearest warning was given. But warning is not the same thing as negotiation. It is the essence of negotiation to discuss some question with a view to settling it, whereas warning is merely the intimation of a will to do certain things (in this case to raise certain questions) on certain contingencies. In fact these conversations and *aide-mémoire* bring out clearly the point that the Tassara claim and the question of monopolization are really separate questions; for according to the conversations and *aide-mémoire*, if the Tassara claim were settled, the question of monopoly or monopolization could and would be left alone. It follows from this that the Tassara claim could hardly be said to be merely an element of the monopolization; for if it were so, it would have been more logical for the conversations and *aide-mémoire* to deal with the question of monopolization as the main issue, a successful settlement of which would automatically bring the Tassara claim to a satisfactory conclusion. It has also been argued that, even assuming that the general question was not discussed during the diplomatic conversations, "it is none the less true that during these conversations the dispute concerning the dispossession of Tassara and his associates contrary to international engagements was in fact examined, which was merely the central component element of the monopolization of Moroccan phosphates by the protecting Power". But to call the alleged dispossession of Tassara and his associates a component element of monopolization of Moroccan phosphates is to raise the very point that the French Government denies, and is an affirmation that needs to be proved. It has also been contended in effect that if representations have already been made by interested parties on the same point that the State intends to raise before the Court and discussions have taken place, a new discussion having the same purport through the diplomatic channel would be superfluous. But so far as the subject of monopolization is concerned, the question is not whether previous representations by interested parties may have the effect of relieving the State, in taking up the dispute, from the necessity of having a diplomatic negotiation on the same subject; but whether or not there has in fact been any real representation directly on the matter, and, in view of what has

pour effet de dispenser l'État, lorsqu'il prend en mains le différend, de la nécessité d'entreprendre, en vue du même objet, une négociation diplomatique, mais bien de savoir s'il y a eu ou non, en fait, des démarches effectives portant sur la question ; or, vu ce qui a été dit plus haut, il semble difficile de répondre affirmativement à ce point. Pour ce motif, la question du *non volumus, non possumus* ne se pose pas en réalité.

Étant données les considérations qui précèdent et vu que la nécessité d'une négociation diplomatique est admise par le Gouvernement italien, je suis d'avis que cette condition n'a pas été remplie, étant donné notamment que la question de l'accaparement constitue la demande principale de la requête.

(Signé) CHENG TIEN-HSI.

been said above, it seems difficult to answer the question in the affirmative. For that reason the question of *non volumus* or *non possumus* does not really arise.

In view of the foregoing observations and of the fact that the necessity of diplomatic negotiations is admitted by the Italian Government, I am of the opinion that this condition has not been fulfilled, particularly as the subject of monopolization forms the principal claim of the Application.

(Signed) CHENG TIEN-HSI.