

## DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT WEERAMANTRY

*Article 36, paragraphs 2 and 4, and Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute — Need for communication of acceptance before consensual relationship is formed — Duty imposed on Secretariat by Article 36, paragraph 4 — Use under Article 38, paragraph 1 (c), of comparative law perspectives regarding formation of consensus — Need for time interval between deposit of declaration and formation of consensual bond — Avoidance of surprise to party sought to be bound — Strengthening of Court's jurisdiction through due compliance with Article 36, paragraph 4.*

I have some reservations in regard to the Court's conclusions on objection 1. Since the principles involved are of considerable importance to the jurisprudence of the Court, I consider it necessary to set out these reservations in some detail.

Briefly stated, my concerns centre on the proposition that the deposit of a declaration under Article 36, paragraph 2, of the Statute is all that is required to establish the necessary consensual bond under the Optional Clause. It follows from this proposition that the moment a declaration is lodged under Article 36, paragraph 2, the party lodging the declaration has the right to bring another declarant to Court, irrespective of that other party's knowledge that such declaration has been lodged. It seems to me that such a proposition cannot be in conformity with either the express law or the essential philosophy governing the Optional Clause.

Such a view negates a specific provision of the applicable law which is contained in Article 36, paragraph 4, of the Statute, and runs contrary to the philosophy of consensus on which the structure of the Court's jurisdiction, as well as of this particular provision, is based. It is also in disharmony with the principles of equality, fairness, good faith, and reciprocity. Moreover, it results in the rather incongruous situation that, during the interim period between the filing of the declaration and the communication of this fact, there is great inequality between the parties in relation to their practical right of access to the Court. The right to take one's adversary to court is, in any circumstances, a valuable right. It is rendered all the more valuable — and inequitably so — if one's adversary does not know that it has a corresponding right. If such a one-sided state of affairs prevails for nearly a year — which could occur, as we have seen, owing to delays in communication by the Secretariat — so much the greater is the advantage to one party and the resulting lack of equality and reciprocity. The declarant can regulate its conduct and direct its

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY,  
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

*Paragraphes 2 et 4 de l'article 36 et alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut — Nécessité que l'acceptation soit communiquée avant que ne se forme le lien consensuel — Obligation incombant au secrétariat en vertu du paragraphe 4 de l'article 36 — Recours, en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38, à des éléments de droit comparé en ce qui concerne la formation du consensus — Nécessité de l'écoulement d'un délai entre la remise de la déclaration et la formation du lien consensuel — Nécessité d'éviter qu'une partie ne soit liée par surprise — Extension de la juridiction de la Cour par une stricte application du paragraphe 4 de l'article 36.*

J'ai des réserves à formuler au sujet des conclusions de la Cour à propos de la première exception du Nigéria. Les principes en cause revêtant une importance considérable pour la jurisprudence de la Cour, j'estime nécessaire d'exposer mes réserves d'une façon assez détaillée.

En bref, mes inquiétudes ont essentiellement trait à la thèse selon laquelle le dépôt d'une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut suffit à établir le lien consensuel requis au titre de la clause facultative. Il découle de cette façon de voir que dès qu'une déclaration est remise en vertu du paragraphe 2 de l'article 36, la partie faisant la déclaration est en droit d'introduire une instance devant la Cour contre un autre Etat déclarant, que ce dernier ait ou non connaissance du dépôt de cette déclaration. A mon avis, cette thèse ne saurait être conforme ni aux normes du droit ni aux principes fondamentaux régissant la clause facultative.

Un tel point de vue est contraire à une disposition spécifique du droit applicable, qui est énoncée au paragraphe 4 de l'article 36 du Statut, et est incompatible avec la doctrine du consensus sur laquelle se fondent l'économie de la juridiction de la Cour ainsi que cette disposition spécifique. Il contredit aussi les principes d'égalité, d'équité, de bonne foi et de réciprocité. Il aboutit en outre à une situation assez incongrue où, au cours de la période transitoire entre la remise de la déclaration et sa communication, il existe en pratique une grande inégalité entre les parties quant à leur droit de saisir la Cour. Le droit d'introduire une action contre un adversaire est en toutes circonstances un droit important. Il le devient encore plus — et cela d'une manière contraire à l'équité — si l'adversaire ignore qu'il dispose d'un droit analogue. Si un état de choses aussi peu équilibré se prolonge pendant près d'un an, ce qui peut se produire, ainsi qu'on l'a vu, en raison des retards de transmission par le Secrétariat, il en résulte un avantage d'autant plus décisif pour l'une des parties et, par voie de conséquence, une absence d'égalité et de récipro-

negotiations from the vantage point of its certain knowledge that the matter is now justiciable before the Court, while its opponent negotiates in ignorance of this vital item of information regarding its rights.

I do not think such results were within the contemplation of those who drafted the Statute of the Court, especially having regard to their particular concern with the question of communication, as reflected in the wording of the Article itself.

The authority for the proposition underlying the Court's ruling is the often-invoked *Right of Passage* case<sup>1</sup>, but, with much respect, it seems to me that that case, though followed in the Court's subsequent jurisprudence, needs re-examination. It affects too fundamental an aspect of the Court's jurisdiction to remain as the leading authority on this question. After 40 years of development of international law, in the spheres of such concepts as fairness, reciprocity and good faith, so sweeping a hypothesis as the immediate creation of a right to sue, regardless of the other party's knowledge thereof, is much in need of review.

\* \* \*

A word is necessary regarding the facts of this particular case. Nigeria had filed its Declaration in 1965. Cameroon filed its Declaration on 3 March 1994, and made its Application to the Court three weeks later. The Secretary-General did not communicate Cameroon's Declaration for nearly a year, and Nigeria states that it first received formal intimation of Cameroon's Application from the Registrar on 29 March 1994.

Cameroon relies on informal references to such a possibility in the communications between the States, and on other sources from which Nigeria might have gleaned this information. In dealings between States on a matter of such importance and formality, one would require something more than a communication which is both informal and indefinite. The question arises whether, in any event, the announcement of the Declaration in the *Journal of the United Nations* would have been sufficient notice to Nigeria of the Declaration of Cameroon. It is necessary to observe in this connection that not every mission in the United States is so well equipped with professional personnel that it can keep a tab on all the treaties deposited and link up the declarations under Article 36, paragraph 2, with their country's immediate concerns. Such a view would operate harshly on the less well-equipped missions at the United Nations.

---

<sup>1</sup> *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 125.

cité. L'Etat déclarant peut régler sa conduite et mener les négociations en tirant avantage du fait qu'il sait parfaitement que l'affaire peut maintenant être portée devant la Cour, cependant que son adversaire négocie sans avoir connaissance de cet élément d'information crucial concernant ses droits.

Je ne crois pas que les rédacteurs du Statut de la Cour prévoyaient de telles conséquences, surtout si l'on tient compte de l'importance particulière qu'ils attachaient à la question de la communication des déclarations, comme l'atteste le libellé de l'article lui-même.

L'autorité invoquée à l'appui de la thèse qui fonde l'arrêt de la Cour est l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*<sup>1</sup> auquel on se réfère souvent; or il me semble que cette affaire, bien qu'elle ait par la suite fait jurisprudence, doit être réexaminée. Elle touche à un aspect trop fondamental de la compétence de la Cour pour continuer à faire essentiellement autorité en la matière. Après quarante années de développement du droit international au sujet de notions telles que l'équité, la réciprocité et la bonne foi, il est absolument nécessaire de revoir une théorie aussi radicale que celle consistant à créer immédiatement un droit d'introduire une action contre une autre partie sans que celle-ci ait nécessairement elle-même connaissance de ce droit.

\* \* \*

Il convient d'apporter quelques précisions au sujet des circonstances de cette affaire. Le Nigéria a remis sa déclaration en 1965. Le Cameroun a déposé la sienne le 3 mars 1994, et a introduit sa requête devant la Cour trois semaines plus tard. Le Secrétaire général n'a transmis copie de la déclaration du Cameroun que près d'un an après et le Nigéria affirme qu'il a officiellement été avisé pour la première fois de la requête du Cameroun par le greffier le 29 mars 1994.

Le Cameroun renvoie à des allusions faites à cette possibilité dans les communications échangées entre les Etats, ainsi qu'à d'autres sources auprès desquelles le Nigéria aurait pu recueillir cette information. S'agissant d'échanges entre Etats sur une question revêtant un caractère aussi important et officiel, on est en droit de s'attendre à davantage qu'une communication à la fois informelle et vague. La question se pose de savoir si, en tout état de cause, l'annonce de la remise de la déclaration parue dans le *Journal des Nations Unies* pouvait constituer une notification suffisante au Nigéria de la déclaration du Cameroun. Il convient de souligner à cet égard que toutes les missions établies aux Etats-Unis ne sont pas dotées du personnel spécialisé nécessaire pour suivre au jour le jour le dépôt de tous les traités et faire le lien entre les déclarations faites au titre du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut avec les préoccupations

<sup>1</sup> *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C. I. J. Recueil 1957*, p. 125.

I cite, in this connection, the following passage from Rosenne's work on *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-1996*:

“An announcement of the deposit of a declaration is published immediately in the *Journal of the United Nations* issued on each weekday in New York. That announcement is made for information purposes. It is accompanied by a footnote specifying that the date indicated is the date of receipt of the relevant documents, meaning that the documents will have to be reviewed for determination as to the actual deposit. Given the Court's interpretation of Article 36, paragraph 4, this announcement is not a satisfactory method of bringing the deposit of a declaration to the immediate notice of the parties to the Statute, since the *Journal of the United Nations* is not a document of general circulation but rather the day's work programme in United Nations Headquarters in New York. Permanent Missions in New York are unlikely to appreciate the significance of announcements of this character appearing in the *Journal*.”<sup>2</sup>

\* \* \*

I shall now deal with the reasons why I consider the *Right of Passage* decision to be in need of review, commencing with the strictly legal provisions, and moving thereafter to the conceptual reasons underpinning them.

That decision, which receives endorsement from the Court's Judgment in the present case, holds that:

“A State accepting the jurisdiction of the Court must expect that an Application may be filed against it before the Court by a new declarant State on the same day on which that State deposits with the Secretary-General its Declaration of Acceptance. For it is on that very day that the consensual bond, which is the basis of the Optional Clause, comes into being between the States concerned.”<sup>3</sup>

My first point of disagreement with the *Right of Passage* case is based on its unequal treatment of the two mandatory clauses contained in Article 36, paragraph 4, of the Statute. The two requisites stipulated by

<sup>2</sup> *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-1996, 1997*, Vol. II, p. 759.

<sup>3</sup> *I.C.J. Reports 1957*, p. 146.

immédiates de leur pays. Partir de ce principe serait pénaliser lourdement les missions auprès de l'Organisation des Nations Unies qui sont les moins bien dotées. Je citerais à ce propos le passage suivant de l'ouvrage de Rosenne intitulé *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-1966* :

«L'annonce de la remise d'une déclaration est publiée immédiatement dans le *Journal des Nations Unies* paraissant chaque jour ouvrable à New York. Cette annonce est faite à des fins d'information. Elle est accompagnée d'une note de bas de page spécifiant que la date indiquée est la date de réception des documents pertinents, ce qui signifie que ces documents devront être examinés aux fins de déterminer la date du dépôt effectif. Eu égard à l'interprétation du paragraphe 4 de l'article 36 donnée par la Cour, cette annonce n'est pas un moyen satisfaisant de porter la remise d'une déclaration à l'attention immédiate des parties au Statut, car le *Journal des Nations Unies* n'est pas un document faisant l'objet d'une distribution générale, mais plutôt le programme de travail quotidien au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York. Il est peu vraisemblable que les missions permanentes se trouvant à New York se rendent compte de l'importance de tels avis paraissant dans le *Journal*.»<sup>2</sup>

\* \* \*

Je vais maintenant analyser les motifs pour lesquels je considère que l'arrêt dans l'affaire du *Droit de passage* doit être réexaminé; je commencerai par étudier les dispositions d'ordre strictement juridique pour traiter ensuite des raisons d'ordre théorique qui les sous-tendent.

Selon cet arrêt, confirmé par l'arrêt rendu par la Cour dans la présente affaire :

«Un Etat qui accepte la compétence de la Cour doit prévoir qu'une requête puisse être introduite contre lui devant la Cour par un nouvel Etat déclarant le jour même où ce dernier dépose une déclaration d'acceptation entre les mains du Secrétaire général. C'est en effet ce jour-là que le lien consensuel qui constitue la base de la disposition facultative prend naissance entre les Etats intéressés.»<sup>3</sup>

En premier lieu, mon désaccord, en ce qui concerne l'affaire du *Droit de passage*, se fonde sur la manière inégale dont sont traitées les deux clauses impératives énoncées au paragraphe 4 de l'article 36 du Statut. Les deux

<sup>2</sup> *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-1996*, 1997, vol. II, p. 759.

<sup>3</sup> *C.I.J. Recueil 1957*, p. 146.

Article 36, paragraph 4, are deposit with the Secretary-General and transmission by the Secretary-General of copies to the parties to the Statute and to the Registrar of the Court. The Court, in *Right of Passage*, treats the first request as essential and virtually discounts the other. I do not think that two parallel statutory requirements can be treated so differently, especially when both alike are couched in imperative terms.

Secondly, it is an important rule of statutory interpretation that all words in the instrument under interpretation should, as far as possible, be given full efficacy. The Court must necessarily avoid any interpretation which would reduce important words or clauses in the Statute to mere surplusage which has no legal effect whatever. Under the *Right of Passage* interpretation, the words "who shall transmit copies thereof to the parties to the Statute and to the Registrar of the Court" might as well have been omitted from the Statute. Such an interpretation does not seem to me to be in conformity with the recognized rules of legal interpretation. The Court is under a duty to render effective all the provisions of its Statute, rather than to encourage the disregard of sections of it by interpretations which denude them of significance or meaning.

The Court's Judgment means that if the Secretariat ignored these words completely, the legal result would still be the same. Such a view is all the more questionable when the statutory requirement is not an arbitrary imposition, but is based, as will be shown, upon well-accepted universal norms and concepts pertinent to the creation of consensual relationships.

It is true this Judgment has been followed in the Court's later jurisprudence in *Temple of Preah Vihear* and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. However, no amount of contrary jurisprudence can override the imperative requirements of the Court's Statute and, if indeed the Statute makes such a communication compulsory, it must be treated as such.

Thirdly, one must look upon the deposit of the declaration and the communication by the Secretary-General as together constituting the composite package of conditions which needs to be satisfied to give legal efficacy to the declaration. It is clear that the first requisite must be satisfied, for, without it, there could be no question of the declaration being operative. The article in question designedly does not place that requisite alone, but couples it with another in terms which are equally mandatory.

One constituent element cannot be detached from this statutory package by a process of judicial interpretation. Nor can one element be emphasized and the other neutralized when the Statute itself gives no indications to that effect. If the juristic right fashioned by Article 36 is to

obligations formulées au paragraphe 4 de l'article 36 sont d'une part le dépôt auprès du Secrétaire général et d'autre part la transmission par celui-ci de copies aux parties au Statut et au greffier de la Cour. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour considère la première exigence comme essentielle et ne tient pratiquement aucun compte de la seconde. J'estime que l'on ne peut traiter de manière aussi différente deux obligations statutaires parallèles, d'autant que l'une et l'autre sont rédigées en des termes impératifs.

En second lieu, une règle importante de l'interprétation des textes de droit impose de donner dans toute la mesure du possible plein effet à l'instrument à interpréter. La Cour se doit d'éviter toute interprétation qui réduirait des clauses ou des termes importants du Statut à un simple verbiage dépourvu de tout effet juridique. Selon l'interprétation qui a été donnée à l'affaire du *Droit de passage*, les mots «qui en transmettra copie aux parties au présent Statut ainsi qu'au Greffier de la Cour» auraient pu aussi bien ne pas figurer dans le Statut. Une telle interprétation ne me paraît pas conforme aux règles d'interprétation généralement admises en droit. La Cour est tenue de donner effet à toutes les dispositions de son Statut et n'est pas censée inciter à en méconnaître certaines parties par des interprétations qui les privent de toute portée ou signification.

Il résulte de cet arrêt de la Cour que si le Secrétariat ne tenait absolument aucun compte de ce membre de phrase les conséquences juridiques n'en seraient pas modifiées. Un tel point de vue est d'autant plus contestable que cette obligation statutaire n'est nullement une exigence arbitraire, mais qu'elle se fonde, comme on va le voir, sur des normes universelles très largement reconnues et sur des notions liées à la création de liens consensuels.

Il est vrai que l'arrêt susmentionné a été confirmé par la jurisprudence de la Cour dans les affaires du *Temple de Préah Vihéar* et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*. Mais aucune jurisprudence contraire, si abondante soit-elle, ne saurait l'emporter sur les obligations impératives énoncées dans le Statut de la Cour et, si le Statut fait de la communication des déclarations une obligation, il convient de la traiter comme telle.

En troisième lieu, la remise de la déclaration et la transmission de celle-ci par le Secrétaire général doivent être considérées comme un ensemble composite de conditions qui doivent être remplies pour donner effet juridique à la déclaration. Il est évident que la première exigence doit être satisfaite car, si elle ne l'était pas, il serait impossible de donner effet à la déclaration. L'article en question n'énonce pas à dessein cette exigence seule, mais l'associe à une autre qui est rédigée en des termes qui sont tout aussi impératifs.

On ne saurait dissocier un des éléments constitutifs de cet ensemble consacré dans le Statut par le biais d'une interprétation judiciaire. Et on ne saurait non plus mettre en avant un de ces éléments et neutraliser l'autre alors que le Statut n'indique nullement qu'il doit en être ainsi.

come into existence, the events attending its creation must fit the mould cast for that purpose by the governing statutory provision.

A fourth reason why the *Right of Passage* decision needs review is that it could well encourage the Secretariat to take a more relaxed view regarding its obligations under Article 36, paragraph 4. Since the interpretation placed by *Right of Passage* on the requirement of communication deprives that requirement of all effective impact upon the matter it was meant to regulate, it is not to be wondered at that the Secretariat, acting presumably on that ruling, takes its time — up to one year — in transmitting the required communication.

If, indeed, a practice of delay in communication has resulted in the United Nations from the belief that one of these imperative conditions is not imperative, despite the language of the Statute to the contrary, it is important that the practice be rectified and the procedures brought into regularity with the binding requirements of the Statute.

It is true the second of these requirements is not within the control of the party depositing the declaration, but it is to be presumed that official acts will be duly performed, the more especially where they relate to matters of such fundamental importance to the rights of States, as the voluntary surrender of some part of their sovereign autonomy — for declarations by States under Article 36 amount to no less than this. Due performance by the Secretariat of its responsibility of transmitting such copies in a matter such as this can mean nothing short of transmission of such declarations forthwith. This is yet another reason why I believe the Court should take this opportunity to review that Judgment, and stress the imperative nature of this statutory responsibility. The delay of nearly one year that has occurred in communication in this instance is not, in any event, a proper compliance with the Statute.

My fifth objection to the *Right of Passage* case is that it takes out of context the expression “*ipso facto* and without special agreement”, and treats it as an indication of the point of time at which the parties became consensually bound. This provision was not intended to produce such a result, nor can it bear such a construction. What Article 36, paragraph 2, provides is that where a declaration is filed, no special agreement is necessary, as the declaration has a compulsory force of its own. Nowhere does this provision purport to indicate *when* that declaration becomes operative.

I would endorse what Vice-President Badawi observed of this construction in his dissenting opinion in the *Right of Passage* case when he criticized the isolation of the expression “*ipso facto*” from its context.

Pour que le droit créé par l'article 36 devienne réalité, les événements qui ont entouré sa création doivent être conformes aux modalités prévues à cet effet par la disposition pertinente du Statut.

En quatrième lieu, la raison pour laquelle j'estime qu'un réexamen de la décision dans l'affaire du *Droit de passage* s'impose est qu'elle est de nature à inciter le Secrétariat à considérer moins contraignantes les obligations qui sont les siennes en vertu du paragraphe 4 de l'article 36. Etant donné que l'interprétation qui a été donnée dans l'arrêt en l'affaire du *Droit de passage* à l'obligation de transmettre les déclarations prive cette exigence de tout effet réel sur la question qu'elle était censée régler, il n'y a pas lieu de s'étonner que le Secrétariat, s'appuyant vraisemblablement sur cette décision, prenne son temps — et attende parfois même une année — pour transmettre la déclaration comme il est tenu de le faire.

Si l'Organisation des Nations Unies a vraiment pour pratique de transmettre tardivement les déclarations car elle pense qu'une de ces conditions obligatoires n'est pas impérative, contrairement à ce que stipule expressément le Statut, il est important de remédier à cette pratique et de remettre les procédures en conformité avec les obligations impératives du Statut.

Il est vrai que la partie qui remet la déclaration n'a aucun droit de regard sur la seconde de ces obligations, mais on est fondé à supposer que les actes officiels seront dûment accomplis, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de questions d'une importance aussi cruciale du point de vue des droits des Etats que la renonciation volontaire à une partie de leur autonomie souveraine — car les déclarations faites par les Etats en vertu de l'article 36 ne sont rien de moins que cela. Pour le Secrétariat, dûment s'acquitter de sa responsabilité de transmettre copie aux autres parties au Statut ne saurait signifier rien de moins qu'une communication immédiate de ces déclarations. C'est là encore une autre raison pour laquelle j'estime que la Cour doit saisir cette occasion de réexaminer ledit arrêt et insister sur le caractère impératif de cette obligation statutaire. En l'espèce, le fait que près d'une année se soit écoulée avant la transmission de la déclaration ne saurait en tout état de cause constituer une application normale du Statut.

En cinquième lieu, j'estime que dans l'affaire du *Droit de passage* l'expression «de plein droit et sans convention spéciale» est citée hors de son contexte et traitée comme si elle indiquait le moment précis où les parties établissent entre elles un lien consensuel. Cette disposition n'était pas destinée à produire un tel effet et elle ne saurait être interprétée de la sorte. Ce que stipule le paragraphe 2 de l'article 36, c'est que lorsqu'une déclaration est déposée aucune convention spéciale n'est nécessaire, la déclaration ayant par elle-même force obligatoire. Cette disposition ne tend nullement à indiquer *le moment où* la déclaration prend effet.

Je partage l'analyse faite par M. Badawi, lorsqu'il était vice-président de la Cour, au sujet de ce raisonnement dans son opinion dissidente à propos de l'affaire du *Droit de passage*; il y critiquait le fait que l'expres-

This led to the achievement of a result by which, in his words, "the complete idea contained in the Statute has been dismembered and disregarded"<sup>4</sup>.

As a sixth objection, I note the prejudice that the *Right of Passage* interpretation may cause to a party. A ruling which in effect confirms that the filing of a declaration becomes operative the very next moment after it is filed could be an embarrassment to a State which is in the process of negotiation with another. Unknown to itself, it could have the ground surreptitiously cut from under its feet, perhaps after it has made some vital concession, in the belief that the matter is still under negotiation. This aspect is further developed later in this opinion.

A seventh reason is that the declaration which constitutes the act of acceptance is not a declaration in a standard form. It is infinitely variable in its terms, and the mere fact of deposit cannot be an intimation of the terms in which the declaration is framed. The party sought to be bound is entitled to know those terms. If it is held to be consensually bound, it cannot reasonably be held to be bound to terms of which it is unaware. This factor militates so strongly against the core content of the concept of consensus that even had it stood alone, it would, in my view, have been conclusive.

An eighth and final reason why, in my view, the *Right of Passage* decision needs re-examination is that it could have an adverse effect on the development of the Court's jurisdiction. The Court's interpretation could well result in a reluctance on the part of States to make such declarations in the first instance. Indeed, the Court's ruling in the *Right of Passage* case was followed shortly thereafter by the introduction of a series of reservations to declarations already filed under Article 36. For example, the United Kingdom's Declaration on 26 November 1958 excepted from the scope of its Declaration disputes

"where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on behalf of any other Party to the dispute was deposited or ratified less than twelve months prior to the filing of the application bringing the dispute before the Court"<sup>5</sup>.

So, also, India filed an amended declaration on 14 September 1959, restricting the Court's jurisdiction in respect of future applications to cases where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction was deposited or ratified more than twelve months prior to the filing of an application bringing the dispute to the Court<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 157.

<sup>5</sup> *I.C.J. Yearbook 1959-1960*, p. 255.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 242.

sion «*de plein droit*» a été isolée de son contexte. Cela a abouti à un résultat tel que, selon ses termes, «l'intégrité de la pensée du Statut a été méconnue et rompue»<sup>4</sup>.

En sixième lieu, je relève que l'interprétation donnée dans l'affaire du *Droit de passage* est susceptible de causer un préjudice à une partie. Un arrêt qui, en pratique, confirme que le fait de déposer une déclaration donne effet à celle-ci aussitôt après qu'elle a été remise pourrait placer dans une situation embarrassante un Etat qui a engagé des négociations avec un autre Etat. A son insu, l'herbe pourrait subrepticement lui être coupée sous les pieds, éventuellement après qu'il a fait quelque concession décisive, croyant que la question continue de faire l'objet de négociations. Je reviendrai par la suite plus en détail sur cet aspect.

En septième lieu, j'observe que la déclaration qui constitue l'acte d'acceptation n'est pas une déclaration formulée selon des normes définies. Elle est infiniment variable dans ses termes et le seul fait qu'elle soit remise ne saurait indiquer de quelle façon elle est libellée. La partie appelée à être liée par cette déclaration est en droit d'en connaître les termes. Si elle est censée avoir établi un lien consensuel, on ne saurait raisonnablement la considérer comme liée dans des conditions dont elle n'a absolument pas connaissance. Cet élément va si fortement à l'encontre de ce qui constitue l'essence même de la notion de consensus que, même à lui seul, il aurait à mes yeux constitué un argument décisif.

Enfin, en huitième lieu, la raison pour laquelle il m'apparaît que la décision dans l'affaire du *Droit de passage* doit être réexaminée est qu'elle pourrait avoir un effet défavorable sur l'extension de la juridiction de la Cour. L'interprétation de la Cour pourrait bien avoir pour effet que les Etats deviendront réticents à faire ces déclarations. D'ailleurs, peu après que la Cour eut statué dans l'affaire du *Droit de passage*, une série de réserves aux déclarations déjà déposées en vertu de l'article 36 a été émise. C'est ainsi que dans sa déclaration du 26 novembre 1958, le Royaume-Uni a exclu du champ d'application de sa déclaration certains différends

«lorsque l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour au nom d'une autre partie au différend a été déposée ou ratifiée moins de douze mois avant la date du dépôt de la requête par laquelle la Cour est saisie du différend»<sup>5</sup>.

De même, l'Inde a remis, le 14 septembre 1959, une nouvelle déclaration limitant la compétence de la Cour en ce qui concerne les futures requêtes aux cas où la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour a été déposée ou ratifiée plus de douze mois avant la date du dépôt de la requête par laquelle la Cour est saisie du différend<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 157.

<sup>5</sup> *C.I.J. Annuaire 1959-1960*, p. 248.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 238.

Other States may well be expected to take similar steps to protect themselves against surprise applications if this view of the law is confirmed, while some others contemplating the filing of such a declaration may well have second thoughts on the subject. All this is not conducive to the extension of the compulsory jurisdiction of the Court.

Indeed, while the Court has been deliberating on its Judgment, Nigeria itself has taken action, on 29 April 1998, to amend its Declaration, so as to impose a time-limit of twelve months before acceptance of the Court's jurisdiction by a State becomes operative against Nigeria.

So much in regard to the interpretation of the governing statutory provision.

\* \* \*

I pass now to an examination of some conceptual considerations which underlie the statutory provision and reinforce the conclusions already reached.

Since the so-called compulsory jurisdiction clause is consensual in its architecture, one must satisfy oneself that the results of the Court's Judgment are in conformity with the legal concept of consensus.

A State lodging a declaration under Article 36, paragraph 2, performs a twofold juristic act. On the one hand, it is making an *offer* to every other State that has not already filed a declaration that it will be bound by its terms to such State, upon that State making a declaration in accordance with Article 36. On the other hand, a declaration made in terms of Article 36 is an *acceptance* of the offers made by other States which have already filed such a declaration. A declaration duly made under Article 36 is thus both an offer to some States and an acceptance of the offer already made by other States.

It is true we are considering a question of international law, but this analysis shows us also that we are very much in the sphere of the law of consensual obligations, from which we draw our general principles and foundation requirements. We must not be diverted from the basic principles of this body of law, as universally recognized, by the circumstance that we are operating in the territory of international law. Where any situation in international law depends on consensus, the generally accepted principles relating to consensual obligations would apply to that situation, unless expressly varied or abrogated.

How is a consensual obligation formed? The completed legal product results from the classical process of the meeting of minds which follows from a confluence of offer and acceptance. This is accepted by most legal

Il faut s'attendre à ce que d'autres Etats prennent des mesures similaires pour se protéger contre le dépôt de requêtes par surprise si cette interprétation du droit est confirmée; de même, d'autres Etats qui envisagent de déposer une telle déclaration risquent fort d'y réfléchir à deux fois avant de le faire. Tout cela n'est guère favorable à l'extension de la juridiction obligatoire de la Cour.

Au demeurant, alors que la Cour délibérait au sujet du présent arrêt, le Nigéria a lui-même pris des mesures, le 29 avril 1998, en vue de modifier sa déclaration de façon à imposer un délai de douze mois avant que l'acceptation de la compétence de la Cour par un Etat prenne effet à l'encontre du Nigéria.

Telle est ma position en ce qui concerne l'interprétation de l'article pertinent du Statut.

\* \* \*

Je passe maintenant à l'examen de certaines considérations d'ordre conceptuel qui sous-tendent la disposition du Statut et confortent les conclusions auxquelles je suis déjà parvenu.

Comme la clause dite de juridiction obligatoire revêt un caractère consensuel dans son économie, il faut s'assurer que les effets de l'arrêt de la Cour concordent avec la notion juridique du consensus.

L'Etat qui dépose une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 accomplit un double acte juridique. D'une part, il fait à chacun des autres Etats qui n'ont pas encore déposé de déclaration une *offre* de se reconnaître lié par les termes de celle-ci vis-à-vis de cet Etat dès que celui-ci fera une déclaration conformément à l'article 36. D'autre part, une déclaration faite conformément à l'article 36 constitue une *acceptation* des offres faites par d'autres Etats qui ont déjà déposé une telle déclaration. Une déclaration faite régulièrement en vertu de l'article 36 est donc à la fois une offre adressée à certains Etats et une acceptation de l'offre déjà faite par d'autres Etats.

Nous examinons certes une question de droit international, mais cette analyse nous montre également que nous nous trouvons très largement dans le domaine du droit des obligations consensuelles d'où nous tirons nos principes généraux et les fondements juridiques qui nous sont indispensables. Nous ne devons pas nous laisser détourner des principes fondamentaux de ce corpus de droit reconnu universellement par le simple fait que nous nous trouvons sur le terrain du droit international. Dès lors qu'une situation en droit international repose sur un consensus, les principes généralement reconnus en matière d'obligations consensuelles s'y appliquent sauf modification ou abrogation expresse.

Comment se forme une obligation consensuelle? Son aboutissement juridique parfait découle du mécanisme classique de la rencontre des volontés qui résulte de la conjonction de l'offre et de l'acceptation. C'est

systems, with the rarest of exceptions<sup>7</sup>. This principle is accepted alike by the Anglo-American law and the Romanistic legal systems<sup>8</sup>. There are indeed substantial differences among different legal systems regarding such matters as the status and revocability of the offer<sup>9</sup>, but the basic principle that the minds of offeror and offeree must meet remains unaffected by these considerations, and belongs to the common core of legal systems.

Probably the most exhaustive study available on the core content of consensus across a wide variety of legal systems is Schlesinger's monumental work on the *Formation of Contracts*<sup>10</sup>. Schlesinger would indeed appear to have anticipated cases such as the present where the Court needs to satisfy itself on the universally agreed fundamentals of consensus.

One of the purposes of this study, as expressly stated therein, was to render assistance to judges of international tribunals having occasion, under Article 38, paragraph 1 (*c*), of the Statute of the International Court of Justice, to deal with issues relating to the formation of agreements<sup>11</sup>. Schlesinger was examining the "reservoir of legal concepts and precepts traditionally utilized in, and shared by, a number of national legal systems"<sup>12</sup>, and expressed the hope that international judges "would make ample use of the 'general principles' as prime materials for the building of a systematic body of international law"<sup>13</sup>.

The present case of interpretation of a statutory provision arising out of the concept of consensus or agreement is an apt occasion for the use of such scholarly research for the purposes of international law. In particular, it would be helpful in testing whether the interpretation adopted in

---

<sup>7</sup> E.g., a rare exception, which studies of comparative law note as atypical, is the *Löfte* doctrine of the Scandinavian countries, under which obligations stem not from the agreement of parties but from the duty undertaken by each party in its contractual declaration. See K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 2nd ed., 1984, trans. Tony Weir, p. 382. It has never been suggested that Article 36, paragraph 2, followed such a conceptual model.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 381 *et seq.*

<sup>9</sup> See P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 1995, pp. 302 *et seq.*, regarding the general rule of revocability of offers in the common law, the general rule of irrevocability in German law, and the somewhat intermediate position of French law. See, also, S. A. Nussbaum, "Comparative Effects of the Anglo-American Offer and Acceptance Doctrine", (1936) *Columbia Law Review*, Vol. 36, p. 920.

<sup>10</sup> Rudolf B. Schlesinger (ed.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, 2 vols., 1968.

<sup>11</sup> *Ibid.*, Vol. 1, pp. 7-8.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>13</sup> *Ibid.*

la solution reconnue par la plupart des systèmes juridiques à de très rares exceptions près<sup>7</sup>. Ce principe est reconnu tant par les systèmes de droit anglo-américain que par les systèmes juridiques inspirés du droit romain<sup>8</sup>. Il y a assurément d'importantes différences entre les différents systèmes juridiques en ce qui concerne les questions telles que le statut et la révocabilité des offres<sup>9</sup>, mais ces considérations sont sans effet sur le principe de base — faisant partie du noyau commun des différents systèmes juridiques — selon lequel les intentions de l'auteur et du destinataire de l'offre doivent se rencontrer.

L'étude la plus exhaustive dont on dispose sur les éléments fondamentaux de la notion de consensus dans un grand nombre de systèmes juridiques est probablement l'ouvrage monumental de Schlesinger *Formation of Contracts*<sup>10</sup>. Schlesinger semble d'ailleurs avoir prévu des affaires comme celle que nous examinons où la Cour doit s'assurer de la présence des éléments fondamentaux du consensus qui sont reconnus universellement.

L'un des objets de cette étude, qui y est d'ailleurs expressément mentionné, est d'aider les juges de juridictions internationales appelés, comme le prévoit l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à résoudre des questions concernant la formation des contrats<sup>11</sup>. Schlesinger a examiné la «multiplicité de concepts et de principes juridiques qu'un certain nombre de systèmes juridiques nationaux utilisent ordinairement et ont en commun»<sup>12</sup> et a exprimé l'espoir que les juges internationaux «se serviraient amplement des «principes généraux» comme matériaux de base pour ériger un corpus systématique de droit international»<sup>13</sup>.

La présente affaire qui porte sur l'interprétation d'une disposition du Statut reposant sur la notion de consensus se prête particulièrement bien à l'utilisation de cette recherche doctrinale pour les besoins du droit international. Elle serait notamment utile pour vérifier si l'interprétation rete-

<sup>7</sup> Par exemple, une des rares exceptions, que les études de droit comparé qualifient d'atypique, est la doctrine Løfte des pays scandinaves selon laquelle les obligations ne découlent pas de l'accord des parties mais de l'obligation qu'a contractée chaque partie dans sa déclaration contractuelle (voir K. Zweigert et H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, trad. Tony Weir, p. 382). Il n'a jamais été indiqué que le paragraphe 2 de l'article 36 procédait d'un tel modèle conceptuel.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 381 et suiv.

<sup>9</sup> Voir P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 1995, p. 302 et suiv., en ce qui concerne le principe général de la révocabilité des offres en *common law*, le principe général d'irrévocabilité en droit allemand et la position en quelque sorte intermédiaire adoptée par le droit français. Voir aussi S. A. Nussbaum, «Comparative Effects of the Anglo-American Offer and Acceptance Doctrine», *Columbia Law Review*, 1936, vol. 36, p. 920.

<sup>10</sup> Rudolf B. Schlesinger (dir. publ.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, 2 vol., 1968.

<sup>11</sup> *Ibid.*, vol. I, p. 7-8.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>13</sup> *Ibid.*

the *Right of Passage* case conforms to the “general principles” attending agreement as universally understood.

Schlesinger notes preliminarily the following general propositions:

“I A. In all legal systems under consideration, the first requirement of a ‘contract’, in the core meaning of the word, is the existence of an agreement, *i.e.*, of manifestations of mutual assent on the part of two or more persons. Whether or not they are promissory in nature, these manifestations as a rule must be referable to each other.”<sup>14</sup>

“III. . . .

In all legal systems under consideration, contracts are normally (although not necessarily . . .) formed by offer and acceptance occurring in an ascertainable sequence.”<sup>15</sup>

\* \* \*

Once this norm of offer and acceptance is established, the next question for examination is whether the acceptance needs to be communicated. In this regard, Schlesinger observes as follows, in the section of the General Report dealing with the question:

*“Is Communication of Acceptance Necessary?”*

The problem to be treated in this Report is connected with the offeror’s interest in obtaining knowledge concerning the conclusion of the contract.

Normally, although not necessarily, such knowledge is obtained through communication, *i.e.*, an act of the offeree aimed at bringing acceptance to the offeror’s knowledge.

With the possible exception of French law, all systems under consideration agree, as a matter of principle, that communication of acceptance is necessary to bring about a contract.”<sup>16</sup>

He also observes that the differences between French law and the other systems under consideration may be more apparent than real<sup>17</sup>.

There are indeed exceptional circumstances in which legal systems do not require a specific communication of acceptance, *e.g.*, in standard

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 71.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 74. The exceptional circumstances, which are rare, are dealt with in Part Two, Section C1, of Schlesinger’s work.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>17</sup> *Ibid.*, note 2.

nue dans l'affaire du *Droit de passage* est conforme aux « principes généraux » en matière d'accord entre des parties tels qu'ils sont universellement reconnus.

Schlesinger énonce tout d'abord les propositions générales qui suivent :

« I A. Dans tous les systèmes juridiques étudiés, la première condition d'un « contrat », au sens essentiel du mot, est l'existence d'un accord, c'est-à-dire de la manifestation du consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes. Qu'elles aient ou non valeur de promesses, ces manifestations en règle générale doivent se rattacher l'une à l'autre. »<sup>14</sup>

« III ...

Dans tous les systèmes juridiques étudiés, les contrats se forment normalement (mais non nécessairement...) par la présentation d'une offre et son acceptation se produisant dans un ordre que l'on peut déterminer. »<sup>15</sup>

\* \* \*

Une fois établie cette norme de l'offre et de l'acceptation, la question qu'il faut ensuite examiner est de savoir si l'acceptation doit être communiquée. Voici, à cet égard, ce que dit Schlesinger dans la section du rapport général consacrée à cette question :

« *La communication de l'acceptation est-elle nécessaire ?*

Le problème que nous examinerons dans le présent rapport se rattache à l'intérêt qu'a l'auteur de l'offre de savoir à quoi s'en tenir sur la conclusion du contrat.

Normalement, sans que cela soit nécessairement le cas, cette connaissance s'acquiert par la communication, c'est-à-dire par un acte du destinataire de l'offre visant à porter l'acceptation à la connaissance de son auteur.

A l'exception éventuelle du droit français, tous les systèmes étudiés reconnaissent en principe que la communication de l'acceptation est une condition nécessaire de la formation d'un contrat. »<sup>16</sup>

Il fait également observer que les différences existant entre le droit français et les autres systèmes étudiés sont peut-être plus apparentes que réelles<sup>17</sup>.

Il y a d'ailleurs des circonstances exceptionnelles où les systèmes juridiques n'exigent pas la communication expresse de l'acceptation, notam-

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 71.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 74. Les circonstances exceptionnelles, qui sont rares, sont examinées à la section C1 de la deuxième partie de l'ouvrage de Schlesinger.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>17</sup> *Ibid.*, note 2.

form contracts or contracts of adhesion<sup>18</sup>. Vice-President Badawi, in the *Right of Passage* case, distinguished this category of contracts from Declarations under Article 36 in the following terms:

“Indeed, whereas the essential feature of the ‘adherence’ or ‘accession’ contract is uniformity, that of Declarations is variety and diversity. Each Declaration expresses the conditions, the purposes and the policy of the State which makes it. Furthermore, in ‘adherence contracts’ one of the parties in fact is in a position in which it is impossible to discuss the terms of the contract. It is obliged to contract and gives its adherence to the all powerful will of the other. In this category are included, *inter alia*, contracts of service, contracts for transport and for insurance. What analogy can there be between such contracts and Declarations accepting jurisdiction?”<sup>19</sup>

Another such exceptional category consists of postal offers, in regard to which a variety of theories have been propounded<sup>20</sup> to meet the difficulties arising from time taken in transit, revocation pending transmission, and the like. All theories have been the subject of contention, but they are all designed to meet the special difficulties arising from this particular mode of communication. There may also be cases where an unusual mode of acceptance is prescribed by the offeror, and compliance with this method obviates the need for communication, which is therefore considered to be waived<sup>21</sup>. It is in such cases, where good reasons exist for departure from the norm, that the law of contract waives the

---

<sup>18</sup> Where a standing offer is made on standard terms, e.g., by a public carrier, it becomes a contract upon acceptance of the act of service, as when a passenger boards a bus. There is no room for negotiation or for individual variations of terms in such a situation, and the meeting of minds is deemed to take place when the relevant act is performed. There is no analogy between such situations and offers of acceptance of the Court’s jurisdiction, which are infinitely variable in their terms.

<sup>19</sup> *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, dissenting opinion, pp. 157-158.

<sup>20</sup> A variety of theories have evolved in relation to acceptance of postal offers — the declaration theory (that the contract is complete as soon as the offeree has made a declaration of his acceptance), the expedition theory (that the contract is formed when a letter or telegram has been despatched accepting the offer), and the information theory (that communication of the acceptance must be received by the offeror). See de Cruz, *op. cit.*, p. 308. All of these are fashioned to meet the varied practical difficulties that arise in the context of postal offers. See also the reference to these theories in the dissenting opinion of Vice-President Badawi in *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 156).

<sup>21</sup> As in the classic common law case of *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, where an act prescribed by the offeror was considered without more to constitute acceptance. Even that case affirmed, however, that “One can not doubt that, as an ordinary rule of law, an acceptance of an offer made ought to be notified to the person who makes the offer, in order that the two minds may come together” ([1893] 1 QB 256; 62 LJQB 257). See the reference to this case in Schlesinger, *op. cit.*, Vol. II, p. 1309.

ment dans le cas des contrats types ou des contrats d'adhésion<sup>18</sup>. Dans l'affaire du *Droit de passage*, M. Badawi, vice-président, a distingué cette catégorie de contrats des déclarations faites en vertu de l'article 36 :

« En effet, alors que l'essence du contrat d'adhésion est l'uniformité, celle des déclarations est la variété et la diversité. Chaque déclaration exprime les conditions, les objectifs et la « policy » de l'Etat qui la fait. D'autre part, dans les contrats d'adhésion, l'une des parties se trouve en fait dans l'impossibilité de discuter les conditions du contrat. Elle est obligée de contracter et donne son adhésion à la volonté toute puissante de l'autre. On range dans cette catégorie, entre autres, le contrat de travail, le contrat de transport, celui d'assurance. Quelle analogie peut exister entre ces contrats et les déclarations d'acceptation de juridiction ? »<sup>19</sup>

Une autre catégorie d'exception est celle des offres par la poste au sujet desquelles différentes théories ont été avancées<sup>20</sup> pour résoudre les difficultés qui découlent du laps de temps s'écoulant entre la présentation de l'offre et son acceptation, de la révocation de l'offre ou de l'acceptation pendant leur communication, etc. Toutes ces théories suscitent des polémiques, mais elles visent toutes à résoudre les difficultés particulières liées à ce mode donné de communication. Il se peut aussi que l'auteur de l'offre prescrive un mode inhabituel d'acceptation de sorte que le respect de cette formalité rend inutile la communication de l'acceptation à laquelle l'auteur de l'offre est réputé avoir renoncé<sup>21</sup>. C'est dans ces affaires où il

<sup>18</sup> L'offre permanente faite à des conditions types, notamment par un transporteur public, se transforme en contrat dès l'acceptation de l'acte de service, comme c'est le cas lorsqu'un passager monte à bord d'un autobus. Il n'y a pas matière à négociation ni à modification dans un cas particulier des clauses du contrat dans une telle situation et la rencontre des volontés est réputée se produire dès l'accomplissement de l'acte voulu. Il n'y a aucune analogie entre ces situations et les offres d'acceptation de la juridiction de la Cour, dont les termes sont extrêmement variables.

<sup>19</sup> *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, opinion dissidente, p. 157-158.

<sup>20</sup> Différentes théories ont été élaborées en ce qui a trait à l'acceptation des offres par la poste — la théorie de la déclaration (selon laquelle le contrat se forme dès que le destinataire de l'offre a fait connaître son acceptation), la théorie de l'expédition (selon laquelle le contrat se forme dès l'envoi d'une lettre ou d'un télégramme acceptant l'offre) et la théorie de l'information (selon laquelle l'auteur de l'offre doit recevoir communication de l'acceptation) (voir de Cruz, *op. cit.*, p. 308). Toutes ces théories ont été établies pour résoudre les multiples difficultés pratiques qui se posent dans le contexte des offres par la poste. Voir aussi la mention de ces théories dans l'opinion dissidente de M. Badawi, vice-président, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 156.

<sup>21</sup> Comme dans l'affaire classique de *common law Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, où un acte prescrit par l'auteur d'une offre a été considéré comme valant acceptation purement et simplement. Même cette affaire a toutefois confirmé qu'« il ne fai[sai]t aucun doute, à titre de principe normal de droit, que l'acceptation d'une offre devrait être notifiée à l'auteur de l'offre afin qu'il puisse y avoir rencontre des volontés » ([1893] 1 QB 256; 62 LJQB 257). Voir le passage consacré à cette affaire dans Schlesinger, *op. cit.*, vol. II, p. 1309.

requirement of communication of an acceptance. This is not such a case. Indeed, the present situation is the very opposite of the case where actual communication is *waived* by the law, for the Statute in fact expressly *requires* communication by action of the Secretary-General.

Except in such exceptional circumstances, or where communication is expressly dispensed with by the parties, there is very good reason for concluding that there can be no consensus in the absence of communication of the acceptance. Without it, the offeror would be in a state of ignorance that it is bound by a contractual relationship. In the words of Nigeria, the “consensual bond” between itself and Cameroon in regard to the Court’s jurisdiction “cannot be said to exist with respect to another State of whose participation in the system established by Article 36.2 of the Statute Nigeria knew nothing”<sup>22</sup>. This is contrary to the considerations of fairness that should govern such relationships; and the exceptional circumstances in which a merely notional communication is deemed sufficient are not replicated in the case of Article 36, paragraph 2, declarations. Such a conclusion is strengthened further by the requirement of communication built into Article 36, paragraph 2, itself.

The procedure of deposit of the declaration with the Secretariat is clearly not tantamount to a notification to all the world, as would be the case, for example, of the deposit and registration of a deed with a Land Registry within a domestic legal system. Indeed, the Statute would not specifically require communication if the mere fact of the deposit were to be constructive notice to all the world.

An important principle involved in all of the foregoing considerations is the principle of the protection of the offeror.

I quote Schlesinger’s conclusions again, in relation to the recognition by legal systems of the need for the protecting the offeror. He refers to the fact that

“most of the legal systems under consideration will in some way protect the offeror’s interest in obtaining knowledge that the contract has been concluded. Such protection is given by imposing a duty on the acceptor to inform the offeror, promptly or at least within a reasonable time, of the conclusion of the contract. However, these systems differ as to the scope of the duty and the consequences of non-compliance.”<sup>23</sup>

I can do no better than to conclude this discussion with a reference to what Grotius himself has to say on the matter, not in his treatises on the

<sup>22</sup> Preliminary Objections of Nigeria, Vol. I, p. 40, para. 1.23.

<sup>23</sup> Schlesinger, *op. cit.*, Vol. I, p. 148.

existe de bonnes raisons de s'écarter de la norme que le droit des contrats renonce à l'exigence de communication de l'acceptation. Or ce n'est pas le cas en l'espèce. Nous nous trouvons en fait dans une situation qui est exactement à l'opposé de celle où le droit prévoit la possibilité de *renoncer* effectivement à cette communication, car le Statut *exige* expressément que le Secrétaire général procède à cette communication.

Sauf dans ces circonstances exceptionnelles ou dans le cas où les parties renoncent expressément à l'acte de communication, il y a de très bonnes raisons de conclure qu'il ne saurait y avoir accord entre les parties en l'absence de communication de l'acceptation. Sans elle, l'auteur de l'offre demeurerait dans l'ignorance tout en étant tenu par un lien contractuel. Pour reprendre les termes du Nigéria, le «lien consensuel» qui l'unit au Cameroun en ce qui a trait à la compétence de la Cour «ne peut exister par rapport à un autre Etat dont la participation au système institué par le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut n'est pas connue du Nigéria»<sup>22</sup>. Cette solution est contraire aux considérations d'équité qui devraient régir ces relations, et les circonstances exceptionnelles dans lesquelles une communication purement symbolique est réputée suffisante n'existent pas dans le cas de déclarations déposées en vertu du paragraphe 2 de l'article 36. Cette conclusion est de surcroît confortée par l'exigence de communication consacrée au paragraphe 2 de l'article 36 lui-même.

Le mécanisme de la remise de la déclaration au Secrétariat ne vaut manifestement pas notification au monde entier comme ce serait le cas, par exemple, du dépôt et de l'inscription d'un titre au registre foncier dans un système juridique interne. Le Statut n'exigerait d'ailleurs pas expressément la communication des déclarations si le simple fait de leur remise valait présomption de notification au monde entier.

Toutes les considérations qui précèdent reposent sur le principe important de la protection de l'auteur de l'offre.

Je cite de nouveau les conclusions de Schlesinger en ce qui a trait à la reconnaissance par les systèmes juridiques de la nécessité de protéger l'auteur de l'offre. Il rappelle que :

«la plupart des systèmes juridiques étudiés protégeront d'une certaine façon l'intérêt qu'a l'auteur de l'offre de savoir que le contrat s'est conclu. Cette protection est assurée en imposant à celui qui accepte l'offre l'obligation d'informer son auteur de la conclusion du contrat sans délai ou du moins dans un délai raisonnable. On constate toutefois des différences entre ces systèmes quant à l'étendue de l'obligation et aux conséquences qui s'attachent à son inobservation.»<sup>23</sup>

Je ne saurais faire mieux pour conclure cette discussion que citer ce que Grotius lui-même a dit sur le sujet, non dans ses traités sur le droit

<sup>22</sup> Exceptions préliminaires du Nigéria, vol. I, p. 40, par. 1.23.

<sup>23</sup> Schlesinger, *op. cit.*, vol. I, p. 148.

Roman-Dutch law, but in *De Jure Belli ac Pacis* itself. His conclusions are as follows:

*“Whether an acceptance ought to be made known to the promisor; explanation, with a distinction*

This question is also commonly raised, whether it is sufficient that the acceptance be signified, or whether, in fact, the acceptance ought also to be made known to the promisor before the promise attains its full effect.

It is certain that a promise can be made in both ways, either thus: ‘I desire that this be valid, if it be accepted’; or thus: ‘I desire that this shall be valid if I shall have understood that it has been accepted’. In promises which deal with mutual obligations the latter meaning is assumed, but in merely generous promises it is better that the former meaning should be believed to be present, unless something else should appear.”<sup>24</sup>

Declarations under Article 36, paragraph 2, deal with mutual obligations, and there is no doubt that they fall into the category in which the offeror must know that his offer has been accepted<sup>25</sup>.

This discussion of the general principles of law relating to the formation of consensus through the process of offer and acceptance show their applicability to the matter under consideration by the Court. It indicates also how the Court’s decision departs from those principles, and thereby weakens the foundation of true consensus on which the Court’s jurisdiction must in all circumstances be based.

There are two ancillary matters which need some consideration to complete an examination of the matter before the Court — the need for a time interval between deposit of the declaration and the creation of the consensual bond, and the question of prejudice to a party that can result from the view of the law which the Court has endorsed.

\* \* \*

A time interval between deposit of the declaration and the creation of the consensual bond provides a necessary safety cushion to ensure that the party sought to be bound by the declaration is not taken by surprise.

Scholarly writings on Article 36, paragraph 4, reinforce this point. I refer, in particular, to Shabtai Rosenne, who points out that Article 36, paragraph 4, was added at a late stage of the San Francisco Conference,

<sup>24</sup> Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Kelsey (trans.), 1925, Vol. II, Bk. II, p. 338.

<sup>25</sup> For this and other references reaching back to discussions by the mediaeval glossators upon the subject of communication of acceptance, see Weeramantry, *The Law of Contracts*, 1967, Vol. I, pp. 121-124.

romano-hollandais, mais dans le *De jure belli ac pacis* lui-même. Voici les conclusions auxquelles il est parvenu :

« On explique par une distinction si l'acceptation doit être connue du promettant

On a l'habitude aussi de se demander s'il est suffisant que l'acceptation ait lieu, ou si elle doit aussi être portée à la connaissance du promettant, avant que la promesse n'obtienne son plein effet.

Il est certain que la promesse peut être faite de l'une et de l'autre de ces deux manières : soit ainsi : « Je veux qu'elle soit valable si elle est acceptée » ; soit ainsi : « Je veux qu'elle soit valable quand j'aurai su qu'elle a été acceptée. » Lorsqu'il s'agit de promesses relatives à une obligation mutuelle, le dernier sens est présumé ; mais dans les promesses de pure bienfaisance, il est préférable de présumer qu'on a en vue le premier sens, à moins qu'il n'y ait quelque indice du contraire. »<sup>24</sup>

Les déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 concernent des obligations mutuelles et il ne fait aucun doute qu'elles entrent dans la catégorie des situations où l'auteur de l'offre doit savoir que son offre a été acceptée<sup>25</sup>.

Cette analyse des principes généraux de droit relatifs à la formation du consensus par le mécanisme de l'offre et de l'acceptation démontre leur applicabilité à la question dont est saisie la Cour. Elle indique également comment la décision de la Cour s'écarte de ces principes et affaiblit ainsi le fondement du véritable consensus sur lequel la compétence de la Cour doit en toute circonstance reposer.

Deux autres questions accessoires doivent être abordées pour terminer l'examen de la question dont la Cour est saisie — d'une part, la nécessité qu'un certain délai s'écoule entre la remise de la déclaration et la création du lien consensuel et, d'autre part, la question du préjudice qui peut résulter pour une partie de la conception juridique que la Cour a adoptée.

\* \* \*

L'écoulement d'un certain délai entre le dépôt de la déclaration et la création du lien consensuel assure la protection nécessaire pour garantir que la partie que l'on veut engager par la déclaration ne soit pas liée par surprise.

La doctrine sur le paragraphe 4 de l'article 36 conforte ce point de vue. Je fais notamment allusion à Shabtai Rosenne qui signale que cette disposition a été ajoutée tardivement lors de la conférence de San Francisco

<sup>24</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction de M. P. Pradier-Fodéré, 1867, deuxième tome, livre II, chap. XI, p. 145-146.

<sup>25</sup> Pour cet exemple ainsi que d'autres remontant aux débats des glossateurs du moyen âge sur le sujet de la communication de l'acceptation, voir Weeramantry, *The Law of Contracts*, 1967, vol. I, p. 121-124.

and immediately became subject to interpretation<sup>26</sup>. Rosenne's own view is that, should the Statute ever be revised, there should be "a short interval between the date of deposit and the date on which the deposit of the instrument produces its effects"<sup>27</sup>. The manifest reasons for such a precaution have already been discussed. Such a view underlines the need for knowledge of the declaration on the part of the States who are to be bound. This result would follow inevitably if the terms of Article 36, paragraph 4, are to be given their natural meaning rather than the truncated meaning given to them by the decision in *Right of Passage*.

Indeed, Rosenne's conviction of the need for such an interval was so strong that he made submissions to the International Law Commission in this regard when it was giving consideration to Article 78 of the Vienna Convention — a consideration which was no doubt heavily influenced by the prevailing *Right of Passage* jurisprudence<sup>28</sup>. Indeed, that eminent jurist, in dealing with the "small time-lag before the other States become aware that the treaty is in force between them and the State depositing the instrument", suggested that this period should be fixed at 90 days, "thus allowing both for the observance of the normal administrative practices of the depositary and for receipt of the notice by the home authorities of the States concerned and the observance of their normal administrative practices"<sup>29</sup>.

This suggestion was meant to allow for different depositary practices, the notices being sometimes transmitted "through a government's own diplomatic posts abroad, sometimes through diplomatic posts accredited to the depositary; and sometimes by mail". The essential thrust of the recommendation was no doubt to ensure that the State sought to be bound was informed of the existence of the instrument which locked it into a consensual relationship.

I doubt very much that the interpretation of Article 36, paragraph 4, according to its natural meaning, could unsettle the Court's jurisdiction. Rather, a clarification of that provision and of the reasons underpinning it would regularize and strengthen that jurisdiction. It would also give to States making such declarations the confidence that they will not be taken by surprise, thereby reinforcing their willingness to accept the Court's optional jurisdiction.

No doubt modern methods of duplication and transmission of documents could considerably expedite this process, but it seems to me that the "small time-lag" stipulated by Rosenne is essential.

---

<sup>26</sup> *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-1996, op. cit.*, Vol. II, p. 753.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 755, footnote 56.

<sup>28</sup> See *Yearbook of the International Law Commission, 1965, Vol. II, p. 73, doc. A/CN.4/L.108.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

et a donné immédiatement lieu à interprétation<sup>26</sup>. Rosenne estime que, si le Statut venait jamais à être révisé, il faudrait prévoir «un bref délai entre la date de remise de l'instrument et celle à laquelle cette formalité produit ses effets»<sup>27</sup>. Nous avons déjà examiné les raisons les plus évidentes qui justifient une telle précaution. Cette prise de position montre bien la nécessité que des Etats qui sont appelés à être liés soient informés de l'existence de la déclaration. Il en serait forcément ainsi si l'on donnait aux termes du paragraphe 4 de l'article 36 leur sens naturel plutôt que le sens tronqué qui leur a été donné dans l'arrêt dans l'affaire du *Droit de passage*.

S. Rosenne était d'ailleurs si intimement convaincu de la nécessité de prévoir un tel délai qu'il a soumis des propositions en ce sens à la Commission du droit international lorsque celle-ci examinait l'article 78 de la convention de Vienne — examen qui a manifestement été fortement influencé par la jurisprudence faisant autorité de l'affaire du *Droit de passage*<sup>28</sup>. A propos du «bref délai devant s'écouler avant que les autres Etats soient informés du fait que le traité est en vigueur entre eux et l'Etat qui a déposé l'instrument», cet éminent juriste a proposé que ce délai soit de quatre-vingt-dix jours, «ce qui permet à la fois au depositaire d'observer les pratiques administratives normales et aux autorités intérieures des Etats intéressés de recevoir la notification et d'observer leurs propres pratiques administratives normales»<sup>29</sup>.

Cette proposition visait à permettre au depositaire de suivre des pratiques différentes; parfois les notifications sont transmises «par l'intermédiaire des missions diplomatiques du gouvernement intéressé, parfois par l'intermédiaire des missions diplomatiques accréditées auprès du depositaire et parfois aussi par la poste». Il ne fait aucun doute que la recommandation avait pour objet essentiel de garantir que l'Etat que l'on veut lier soit informé de l'existence de l'instrument qui l'engage dans un lien consensuel.

Je doute beaucoup que l'interprétation du paragraphe 4 de l'article 36 selon son sens naturel puisse porter atteinte à la compétence de la Cour. Faire la clarté sur le sens de cette disposition et sur les raisons qui la justifient devrait plutôt régulariser et renforcer cette compétence. Et les Etats qui font ces déclarations seraient aussi certains qu'ils ne risquent pas d'être liés par surprise et seraient donc plus enclins à accepter la compétence facultative de la Cour.

Certes, les méthodes modernes de reproduction et de transmission des documents pourraient accélérer considérablement le processus, mais il me semble que le «bref délai» proposé par Rosenne est essentiel.

<sup>26</sup> *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-1996, op. cit.*, vol. II, p. 753.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 755, note 56.

<sup>28</sup> Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1965, vol. II, p. 78, doc. A/CN.4/L.108.

<sup>29</sup> *Ibid.*

It is also relevant to refer to the full recognition accorded by Article 78 (*c*) of the Vienna Convention on the Law of Treaties to the necessity of communication of notifications in regard to treaties, if the recipient is to be bound. This is an application of the normal consensual rule. The Court does indeed refer to this provision, but observes that, in so far as declarations under Article 36 are concerned, the régime for depositing and transmitting declarations of acceptance of compulsory jurisdiction is prescribed by Article 36, paragraph 4, of the Statute of the Court (Judgment, para. 30). I respectfully agree, but that very régime prescribes a method of transmitting the communication, and must therefore be followed.

\* \* \*

I refer finally to the question of possible prejudice to parties, which can result from the interpretation the Court lays upon Article 36.

I have already adverted to the first item of prejudice: that for the period between the deposit of a declaration and the communication of that declaration to the party who is to be impleaded, the party depositing the declaration is at an advantage over the other, in that the former is aware that the Court has jurisdiction, and the latter is not. The vesting of jurisdiction in the Court is an important juristic act with major repercussions on State sovereignty. If one party is aware of its rights under this provision, and the other is not, a disparity is created between the parties, which fundamentally breaches the basic principle of equality on which the Court's jurisdiction is premised.

This inequality can have practical repercussions on the course of the informal negotiations between parties, that precede the formal institution of an action. I believe it is in the interests of the peaceful resolution of disputes and the general principles of our jurisprudence that such informal negotiation should be encouraged and promoted, and I can only see the effect of such a ruling as inhibiting this process.

It is important that when parties are in bona fide negotiation with each other there should not even theoretically be the possibility of one of those parties filing a declaration and lodging an application before the Court almost simultaneously. This could amount, in a hypothetical case, to an abuse of the process of the Court. It is by no means implied that such is the case here, but the decision of the Court opens the door to such a possibility in the future.

It is important to international peace and goodwill that the processes of negotiation between parties be given full scope, without the fear of a sudden and unexpected termination, followed by the dragging of a reluctant respondent to the Court. The deleterious effect that could ensue in regard to the willingness of States to file an Article 36, paragraph 2, declaration at all could be damaging to the development of the Court's juris-

Il convient aussi de rappeler que l'alinéa *c*) de l'article 78 de la convention de Vienne sur le droit des traités consacre pleinement la nécessité de communiquer les notifications relatives aux traités si l'on veut que le destinataire soit lié. Il s'agit-là de l'application du principe normal du consensualisme. La Cour mentionne d'ailleurs cette disposition mais pour faire observer qu'en ce qui concerne les déclarations faites en vertu de l'article 36 le régime de remise et de transmission des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire est établi par le paragraphe 4 de l'article 36 du Statut de la Cour (arrêt, par. 30). Je partage ce point de vue mais ce même régime prescrit un mécanisme de transmission de la communication et doit dès lors être suivi.

\* \* \*

Je vais maintenant examiner pour terminer la question du préjudice que l'interprétation donnée par la Cour à l'article 36 peut causer à des parties.

J'ai déjà fait état du premier chef de préjudice : pendant la période qui s'écoule entre la remise d'une déclaration et sa communication à la partie contre laquelle une instance sera introduite, la partie qui remet la déclaration se trouve avantagée par rapport à l'autre, car elle sait que la Cour a compétence alors que l'autre l'ignore. L'attribution de compétence à la Cour est un acte juridique important ayant des conséquences majeures sur la souveraineté des Etats. Si l'une des parties est informée des droits qu'elle tient de cette disposition et que l'autre ne l'est pas, il se crée entre celles-ci une disparité qui constitue une violation fondamentale du principe essentiel d'égalité sur lequel repose la compétence de la Cour.

Cette inégalité peut avoir des conséquences pratiques sur le déroulement des négociations officieuses entre des parties qui précèdent l'introduction officielle d'une instance. Je crois qu'il est dans l'intérêt du règlement pacifique des différends et de l'affirmation des principes généraux de notre jurisprudence d'encourager et de favoriser ces négociations officieuses. Or la décision de la Cour ne peut avoir pour effet, selon moi, que d'entraver de telles négociations.

Il importe, lorsque des parties négocient entre elles de bonne foi, qu'il n'existe aucune possibilité même théorique que l'une de celles-ci remette une déclaration et saisisse quasi simultanément la Cour d'une requête. Pareille démarche pourrait dans une situation hypothétique être constitutive d'un abus de la procédure de la Cour. Ce qui ne veut pas nécessairement dire que c'est le cas en l'espèce, mais la décision de la Cour ouvre cette possibilité à l'avenir.

Il importe pour la paix internationale et le renforcement de la confiance entre Etats de donner leur pleine mesure aux mécanismes de négociations entre parties sans crainte qu'il y soit mis fin de façon soudaine et inattendue et sans qu'un défendeur soit attiré contre son gré devant la Cour. Le développement de la compétence de la Cour pourrait être entravé par l'effet néfaste que pareille crainte pourrait avoir sur l'inclination des

diction. This is an important reason why such a construction should be avoided.

In the process of bona fide negotiations, concessions are made, facts are accepted, compromises are worked out, admissions and apologies are offered. Documents embodying such acts may well be exchanged. It is important that all this should take place on a footing of openness and equality.

\* \* \*

For all these reasons, I am of the view that Nigeria has made out a case of lack of consensus in regard to Cameroon's declaration under Article 36, paragraph 2, at the time Cameroon's Application was filed.

An interpretation of Article 36, paragraph 4, according to its natural meaning, would result in more confidence on the part of States in making declarations under Article 36, paragraph 2. Any uncertainty as to whether consensus had been established could be removed by the prompt discharge by the Secretariat of its statutory duties under Article 36, paragraph 4, which modern methods of reproduction and communication of documents render much less labour intensive and time consuming than they were when the Statute was framed. A proper attention to this statutory obligation could result in communication within a matter of a few days, thus removing all uncertainty.

Other advantages of this view are that it would bring the operation of consensual jurisdiction within the consensual principles which lie at its very foundation, ensure fairness and reciprocity between the parties, and bring the operation of declarations under Article 36 within the express terms of the article which fashioned them.

*(Signed)* Christopher G. WEERAMANTRY.

Etats à déposer une déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36. C'est pour cette raison qu'il est important d'éviter une telle interprétation.

Au cours de négociations menées de bonne foi, des concessions sont faites, des faits sont reconnus, des compromis sont élaborés, et parfois des aveux sont faits et des excuses offertes. Des documents constatant ces actes peuvent aussi être échangés. Il est important que tout cela se déroule dans la transparence et l'égalité.

\* \* \*

Toutes ces raisons me conduisent à penser que le Nigéria a démontré, en ce qui concerne la déclaration que le Cameroun a faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36, qu'il n'existait pas de consensus lorsque le Cameroun a déposé sa requête.

Interpréter le paragraphe 4 de l'article 36 selon son sens naturel renforcerait la confiance des Etats qui déposent des déclarations en vertu du paragraphe 2 de cette disposition. La prompte exécution par le Secrétaire des obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 4 de l'article 36 du Statut — les nouvelles méthodes de reproduction et de communication des documents exigeant beaucoup moins de personnel et de temps que lorsque le Statut a été rédigé — pourrait dissiper toute incertitude planant sur l'établissement d'un lien consensuel. L'exécution diligente de cette obligation imposée par le Statut pourrait aboutir à ce que la communication se fasse en l'espace de quelques jours et dissipe ainsi toute incertitude.

Cette façon de voir a aussi l'avantage d'assujettir le fonctionnement de la compétence consensuelle aux principes du consensualisme qui en sont le fondement même, de garantir l'équité et la réciprocité entre les parties et de soumettre le mécanisme des déclarations faites en vertu de l'article 36 aux termes exprès de l'article qui les a établies.

(Signé) Christopher G. WEERAMANTRY.