

OPINION DISSIDENTE DE MM. WINIARSKI ET
BADAWI

A notre grand regret nous ne saurions souscrire à la décision de la Cour par laquelle elle rejette la sixième exception de l'Union indienne et en conséquence se reconnaît compétente pour connaître de la présente affaire.

1. Par sa Déclaration en date du 19 septembre 1929, ratifiée le 5 février 1930, l'Inde avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour pour les différends qui s'élèveraient après la date de la ratification relativement (*with regard to*) aux situations ou aux faits postérieurs à ladite ratification.

La date du 5 février 1930 — que nous appellerons la date critique — a été maintenue dans la Déclaration indienne du 28 février 1940. La double condition formulée dans cette Déclaration constitue une importante limitation *ratione temporis* de l'obligation assumée par l'Union indienne.

Les Parties ont abondamment discuté la portée de la sixième exception pour la présente affaire; elles l'ont fait dans leurs écritures et dans leurs plaidoiries, aussi bien en 1957, lors de la procédure sur les exceptions préliminaires, que dans la phase actuelle du procès portant l'examen du fond. Le fait que la Cour a, en 1957, décidé de joindre cette exception au fond démontre l'importance, voire même la nécessité dont elle était consciente de ne décider du sort de cette exception qu'après avoir acquis une connaissance suffisante des faits du litige.

De la double limitation que nous venons de rappeler, l'arrêt écarte la première: la Cour a pu considérer comme acquise la thèse d'après laquelle le différend s'est élevé après le 5 février 1930, date critique de la Déclaration indienne; la discussion du fond n'a pas apporté de preuves à l'appui de l'opinion contraire. Par contre, la question de savoir si le différend s'est élevé relativement aux situations ou faits postérieurs à cette date devrait, à notre avis, recevoir réponse suivant la thèse indienne, entraînant ainsi, comme conséquence, la déclaration d'incompétence.

La conclusion finale du Portugal à ce sujet dit entre autres:

« Attendu que ... sont également postérieurs au 5 février 1930, puisqu'ils datent également de 1954, les situations ou faits au sujet desquels le différend s'est élevé;

Attendu qu'en réalité ces situations ou faits ne sont que les générateurs du différend et que comme tels, on doit considérer les situations ou faits imputés par l'État demandeur à l'État défendeur comme illicites, c'est-à-dire comme des violations de ses obligations internationales;

Attendu que les situations ou faits que le Portugal impute à l'Union indienne comme illicites datent, ainsi qu'il a été dit, de 1954 ;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour rejeter l'exception. »

2. Dans le débat devant la Cour, les deux Parties cherchaient à se prévaloir de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* pour y trouver des arguments à l'appui de leurs thèses respectives.

Cet arrêt, avec celui rendu dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, constitue, en effet, une importante contribution de la jurisprudence de la Cour permanente à l'étude du problème des limitations *ratione temporis* des obligations des États qui acceptent la juridiction obligatoire de la Cour. Nous sommes bien obligés d'y faire quelques références.

Ledit arrêt met lui-même les parties en garde contre les conclusions hâtives.

D'un côté, il constate « que l'emploi de ces deux termes [situations ou faits] correspond à la volonté de l'État signataire d'embrasser dans une expression aussi compréhensive que possible tous les éléments susceptibles de donner naissance à un différend ». Et l'arrêt continue: « Elle [la C. P. J. I.] observe, d'autre part, que les deux termes « situations » et « faits » étant placés sur la même ligne, la limitation *ratione temporis* leur est commune et que de l'emploi de l'un ou de l'autre ne saurait résulter une extension de la juridiction obligatoire. » D'un autre côté, l'arrêt indique: « L'antériorité ou la postériorité d'une situation ou d'un fait par rapport à une certaine date est une question d'espèce tout comme constitue une question d'espèce le point de savoir quels sont les situations ou faits au sujet desquels s'est élevé le différend. »

La tâche d'établir un rapport visé par la Déclaration entre le différend et les « situations ou faits » appartient à la Cour.

3. Les conseils du Portugal se sont efforcés de limiter autant que possible le contenu de ces notions: situations ou faits. D'après eux doivent être compris comme « les faits ou les situations » ceux « que la partie demanderesse impute à la partie défenderesse comme illicites ». « Un État commet certains actes, crée certaines situations. Un autre État réprouve ces actes ou ces situations comme illicites. Il les déclare violateurs de son droit... » Et plus loin: « Il faut seulement considérer la situation dénoncée comme illicite par l'État demandeur et examiner quel fait illicite cet État présente à l'origine de cette situation. »

Il a été observé à ce sujet qu'il a suffi à la Cour permanente de constater que l'acte qui faisait l'objet du litige entre la France et l'Italie n'était qu'une application d'un *dahir* de 1920, date antérieure

à la date critique, pour se déclarer incompétente, sans avoir à examiner si ce *dahir* est ou non contraire aux engagements internationaux de la France. Pour bien comprendre la pensée de la Cour, il faut retenir de cette constatation que pour rejeter les arguments de l'Italie, la Cour n'a pas estimé nécessaire que les situations ou faits qui sont à l'origine du différend soient des actes illicites. Un État ne commet pas un acte illicite et n'engage pas sa responsabilité internationale par le seul fait qu'il édicte une loi qui contient des dispositions incompatibles avec ses engagements internationaux. Si l'application de cette loi conduit à des actes qui sont contraires aux engagements internationaux de l'État, le juge dira simplement que cet État ne peut valablement invoquer sa loi pour justifier ces actes. La Cour permanente de Justice internationale s'est à deux ou trois reprises prononcée dans ce sens.

Les *dahirs* de 1920 n'étaient pas par eux-mêmes des actes illicites ; et pourtant l'exception française a été admise, parce qu'ils étaient à l'origine des actes dénoncés par l'Italie comme illicites, et ils étaient antérieurs à la date critique.

4. La thèse portugaise paraît attribuer à l'État demandeur le rôle principal, sinon décisif, dans la détermination des éléments générateurs du différend. En effet, il a été dit pour le Gouvernement portugais que les faits et les situations qui méritent véritablement ce nom, ce sont « les faits ou les situations que la partie demanderesse impute à la partie défenderesse comme illicites ».

Or la Cour ne saurait se limiter à enregistrer la prétention de l'État demandeur, d'autant plus que cet État, placé devant la date critique, peut avoir un intérêt à limiter le problème dans le temps, par exemple, en passant certains rapports sous silence, ou en en minimisant la portée pour le procès par lui intenté, en un mot : en isolant le différend de la situation dont il est issu — comme, d'ailleurs, l'État défendeur peut avoir la tendance à faire reculer les éléments générateurs du différend dans le passé où ils ne seraient pas couverts par la Déclaration.

La Cour garde son entière liberté d'appréciation des rapports entre les faits et les situations de l'espèce et l'objet du différend. Dans certains cas, quand il s'agit de faits isolés et bien reconnaissables, cette tâche sera relativement facile ; dans d'autres, où la situation, c'est-à-dire un état de choses, un ensemble de relations de fait et de droit, est complexe et difficile à discerner, cette tâche peut être ardue ; cependant, il s'agit de la question première entre toutes : la compétence de la Cour.

5. Il nous est difficile d'admettre la thèse du Gouvernement portugais pour une autre raison : elle semble confondre les faits du différend avec les faits et les situations dont ce différend procède, selon une des formules de la Cour permanente. Or les faits du

différend peuvent être récents et concentrés dans un espace de temps relativement bref, tandis que les faits ou situations qui sont à l'origine du différend peuvent être suffisamment anciens pour échapper à la juridiction de la Cour telle qu'elle se trouve acceptée dans la Déclaration de l'État défendeur. La Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt cité a dit : « On ne saurait reconnaître une telle relation [postériorité réelle] entre un différend et des éléments postérieurs [à la date critique] qui supposent l'existence ou qui ne comportent que la confirmation ou le simple développement de situations ou faits antérieurs, alors que ceux-ci constituent les véritables éléments générateurs du différend. »

Nous relevons encore une des formules de la Cour permanente de Justice internationale : « Le différend ne peut être isolé de la situation dont il est issu. » La Cour permanente fait donc supposer qu'il peut y avoir des cas où une des parties cherche à isoler le différend de la situation dont il est issu.

Dans l'affaire devant la Cour, l'État demandeur affirme que tous les faits et situations relatifs au différend se concentrent en 1954 et ne remontent pas plus loin dans le passé; ce sont rigoureusement ceux qu'il impute à son adversaire comme illicites. Cependant, celui-ci répond que le cas est en réalité plus compliqué; que les faits et les situations, éléments générateurs du différend, ont existé déjà avant 1930, à quoi l'État demandeur réplique qu'avant 1954 il n'avait pas à se plaindre, que les divers incidents, divergences d'opinion, conflits sans grande importance, même interdictions formelles doivent être attribués simplement à l'exercice, par l'État territorial, du contrôle et de la réglementation dont le Portugal admet sans difficulté la légitimité. Il affirme qu'il a toujours possédé et effectivement exercé le droit de passage, droit général, dans les limites nécessaires à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et que ce droit a été respecté par l'État territorial jusqu'en 1954.

L'arrêt paraît admettre que la situation qui est à l'origine du différend est à la fois antérieure et postérieure à la date critique, mais il en tire des conclusions auxquelles nous ne pouvons pas souscrire. Il part de la constatation que la limitation *ratione temporis* dans la Déclaration indienne est rédigée « d'une façon positive en indiquant les différends qui sont compris dans cette acceptation ». En effet, elle ne procède pas d'une façon négative, en excluant les différends nés des situations ou faits antérieurs à la date critique, mais il ne fait pas de doute que l'intention de l'Union indienne était, en acceptant la juridiction obligatoire de la Cour pour les situations ou faits postérieurs, comme générateurs du différend, d'exclure les situations ou faits antérieurs.

L'arrêt déjà cité dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* dit encore : « Pour résoudre ces questions, il faut toutefois garder toujours présente à l'esprit la volonté de l'État qui, n'ayant accepté la juridiction obligatoire que dans certaines limites, n'a entendu y

soumettre que les seuls différends qui sont réellement nés de situations ou de faits postérieurs à son acceptation. »

6. Le Portugal ne voit dans le passé, à commencer par 1779 et jusqu'aux événements de 1954, que la source de son droit de passage. La formule est celle que la Cour permanente de Justice internationale avait employée dans son arrêt dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*. Là, l'exception bulgare *ratione temporis* invoquait la décision du Tribunal arbitral antérieure à la date critique. Pourtant le problème est différent: la décision du Tribunal arbitral avait été reconnue par les deux parties en litige, elle faisait leur loi en la matière; le fait était incontestable. Le différend ne portait que sur certaines mesures prises par les autorités bulgares après la date critique, que la Belgique considérait comme n'étant pas conformes à la formule adoptée par la décision arbitrale. La Cour permanente de Justice internationale conclut à l'absence de l'élément générateur antérieur à la date critique fixée par la Déclaration bulgare.

Dans notre cas, une loi commune reconnue par les deux Parties n'existe pas. Le Portugal croit pouvoir la déduire, entre autres, de la pratique, c'est-à-dire d'une série d'actes et de faits, vieille de plus d'un siècle et demi; l'Union indienne s'appuie sur la même longue pratique pour affirmer que le prétendu droit de passage en faveur du Portugal n'existe pas. Pour le problème qui nous préoccupe, il ne s'agit pas de savoir qui a raison et qui a tort; il s'agit de savoir si ce n'est pas la même situation qui s'est aggravée, qui a culminé en 1954 pour conduire rapidement à un conflit et donner lieu à la procédure devant la Cour. Il s'agit de savoir si les actes dénoncés par le Portugal comme illicites puisent leur origine dans une situation antérieure à la date critique.

Il nous est difficile de souscrire à l'interprétation de la Déclaration indienne, d'après laquelle il suffit que la situation ou le fait qui concerne le différend soit postérieur à la date critique pour que la juridiction de la Cour soit acceptée, et encore moins à la distinction entre situation et fait, qui assigne, arbitrairement à notre avis, à la notion de situation une signification purement géographique (l'enclave), alors que cela n'est qu'un élément de la situation et que celle-ci, ensemble des rapports de fait et de droit, couvre le problème de passage avec toutes ses modalités, tel qu'il se présentait aux Parties pendant la période britannique et post-britannique. De plus, on ne peut pas, aux fins de l'interprétation de la Déclaration indienne, joindre les faits du différend, qui sont de 1954, à la situation ancienne, pour les considérer comme un ensemble qui « n'a existé qu'après le 5 février 1930 ». Cela ne correspond pas à l'intention clairement exprimée dans la Déclaration indienne. Si la situation qui est à l'origine du différend est antérieure à la date critique, le consentement de l'Union indienne n'est pas acquis. Nous disons bien: situation qui est à l'origine du différend; il ne

s'agit pas d'un traité plus ou moins ancien ou d'une règle de droit établie depuis plus ou moins longtemps.

7. Ce qui nous paraît décisif, c'est la nature de l'action intentée par le Gouvernement portugais.

Dans les conclusions finales du Portugal, la première et principale demande est ainsi formulée :

« Plaise à la Cour dire et juger que le droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damao, tel qu'il est défini ci-dessus, existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde. »

Ce que le Gouvernement portugais demande à la Cour, c'est donc de rendre en premier lieu un jugement déclaratoire. La Cour permanente de Justice internationale a rendu de tels jugements. Dans son arrêt n° 11 en interprétation des arrêts nos 7 et 8, elle a dit :

« L'arrêt n° 7 de la Cour est de la nature d'un jugement déclaratoire qui, selon son idée, est destiné à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent. »

C'est exactement ce que demande à la Cour la première conclusion portugaise. Il n'est donc pas question d'actes illicites ; et bien que cette demande soit suivie des deux autres, complémentaires et éventuelles, elle constitue l'essence même de l'affaire.

On peut se demander si devant cette première conclusion les arguments du Portugal relativement à la sixième exception gardent quelque valeur. En effet, ici il ne s'agit pas simplement d'appliquer une règle incontestable de droit pour redresser une violation du droit d'une partie par un acte illicite de l'autre. L'objet de l'action, tel qu'il résulte de la première conclusion portugaise, est de faire reconnaître, constater par la Cour la situation de droit entre Parties ; ceci n'est pas limité aux événements de 1954 et ne peut être considéré comme partie d'un ensemble postérieur à la date critique. Au contraire, tous les éléments du différend contestés tantôt par l'une tantôt par l'autre Partie, se trouvent dans la période post-mahratte ; les Parties n'entendaient pas les choses et leurs positions respectives de la même manière ; c'est dans cette situation prolongée que l'on pourrait voir l'origine du différend actuel.

Il semble cependant que l'on serait justifié d'aller plus loin.

La Cour n'ayant pas reconnu de base conventionnelle au droit de passage réclamé par le Portugal, a dû se tourner vers la pratique qui aurait pu être acceptée comme faisant droit entre Parties.

Elle s'est alors trouvée en présence d'une situation très spéciale dans laquelle, même dans un intervalle de temps aussi considérable, il n'était pas possible pour les Parties d'arriver à un accord sur leurs droits et obligations respectifs. Elles demandent à la Cour de les définir. Dans ces conditions il est évident que non seulement la situation qui a donné naissance au présent différend, mais l'objet même du différend, tel qu'il résulte de la principale demande portugaise, se situe dans la période antérieure à la date critique de la Déclaration indienne.

(Signé) B. WINIARSKI.

(Signé) A. BADAWI.