

OPINION DISSIDENTE DE M. CHAGLA

[Traduction]

A mon avis la cinquième et la sixième exceptions préliminaires de l'Inde devraient être retenues et la Cour devrait juger qu'elle est sans compétence pour connaître de la requête du Portugal.

Cinquième exception

Quant à la cinquième exception, elle ne présente plus, selon moi, qu'un intérêt théorique, et je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai déjà dit à ce sujet dans mon opinion dissidente sur les exceptions préliminaires.

Sixième exception

Je n'ai que très peu de choses à ajouter à ce qui est dit dans mon opinion dissidente sur les exceptions préliminaires. Je puis résumer en une phrase cette objection: le véritable différend porte sur l'obligation de l'Inde et non sur la violation de cette obligation; et la source du différend réside dans les vues opposées de l'Inde et du Portugal quant au véritable effet juridique des événements qui se sont déroulés depuis 1779. Ainsi présentés il est évident que les situations et faits invoqués au sujet de cette exception se situent avant 1930.

En outre, la Cour n'est pas compétente pour statuer sur des faits et des situations antérieurs à la date pertinente. La question peut être envisagée sous trois aspects. Les Parties peuvent ne pas s'opposer quant à ces faits et situations, auquel cas il n'y a pas lieu de trancher — c'est ce qui s'est passé dans l'affaire de l'*Électricité*, où les jugements arbitraux du Tribunal n'étaient pas contestés. Le second aspect, c'est celui où les faits et situations peuvent ne représenter qu'une partie des *res gestae* et même n'avoir pas de rapport de causalité avec le différend. Là encore il n'est pas nécessaire de trancher au sens exact du mot. Mais le troisième cas est celui auquel nous avons affaire ici. S'il existe un rapport de causalité entre les faits et situations et le différend ou encore si les faits et situations sont la source du différend, la Cour dès lors déciderait sur ce que l'État qui soumet sa cause à la compétence de la Cour a expressément exclu de la déclaration acceptant la juridiction de la Cour. C'était le cas dans l'affaire des *phosphates du Maroc* où le *dahir* de 1921 était antérieur à la période visée.

L'objet de cette réserve *ratione temporis* est évidemment de soustraire à la compétence de la Cour les différends anciens. Dans la présente affaire on demande à la Cour de décider entre les opinions divergentes des Parties sur des situations et des faits qui remontent à deux cents ans. Voyons les choses avec réalisme: l'Inde est fort heureusement en mesure de produire un volume considérable de

documents qui lui permettent de réfuter la prétention portugaise et d'en montrer l'inanité. Mais elle serait en très fâcheuse posture si la preuve n'avait pas été conservée ou si elle avait été détruite. Lorsque l'Inde a fait en 1940 sa déclaration, elle ne prévoyait assurément pas que des problèmes et des situations datant d'avant 1930 et qui remontaient parfois à deux cents ans seraient soumis à la Cour internationale et qu'elle serait appelée à les expliquer et à en rendre compte.

C'est précisément la raison donnée par la Cour dans l'affaire des *phosphates du Maroc* lorsqu'elle parle d'« exclure la possibilité de voir déférés par requête à la Cour des situations ou des faits qui remontent à une époque où l'État mis en cause ne serait pas à même de prévoir le recours dont pourraient être l'objet ces faits et situations ».

Le Portugal s'est efforcé d'établir une distinction entre la source du droit et la source du différend — et il déclare que les faits et les situations antérieurs à 1930 ont trait à la source du droit du Portugal. Il y a une erreur évidente dans cet argument. S'il existe une divergence ou une différence entre les Parties quant aux sources du droit revendiqué, il est évident dès lors que cette divergence ou cette différence constitue la source du différend soumis à la Cour. Dans l'affaire de l'*Électricité*, la source du droit, c'était les sentences du tribunal mixte. Aucune différence ou aucune divergence n'opposait les parties à l'égard de ces sentences. C'est précisément pour cela que la Cour a décidé que la date des sentences n'avait pas à être prise en considération à l'égard de la réserve *ratione temporis*.

On ne saurait prétendre, comme le fait le Portugal, qu'à l'égard de la réserve *ratione temporis* le seul facteur dont on puisse légitimement tenir compte ce sont les actes illicites de l'Inde dont se plaint le Portugal. Ces prétendus actes illicites ne sont que les incidents qui ont provoqué la crise et obligé le Portugal à se présenter devant cette Cour. Ils n'ont aucun rapport avec la controverse qui oppose les Parties. Et si cette controverse remonte plus loin que 1930, il est évident que la compétence de la Cour est exclue.

Le Portugal affirme que le différend porte sur le droit de passage et sa violation: ce qui n'est pas exact, strictement parlant. La substance du différend a trait au droit de passage. La question de la violation de ce droit n'est que secondaire par rapport à celle du droit. S'il n'y a pas de droit il ne peut y avoir violation. La violation ne constitue qu'une aggravation du motif de l'action qui a permis au Portugal de venir devant la Cour.

Le conseil du Portugal a invoqué l'exemple d'une dette et du défaut de paiement de cette dette. J'estime que si la dette a été contractée avant la date pertinente et si la Cour doit se prononcer sur sa validité, elle ne sera évidemment pas compétente en vertu de la réserve *ratione temporis*. Si la dette n'est pas contestée, la position serait différente.

Le Portugal affirme qu'une interprétation aussi large de la réserve *ratione temporis* priverait la Cour de sa compétence dans la plupart des cas, du fait qu'aux termes du droit international la majeure partie des titres juridiques sont antérieurs à 1930, date choisie par la plupart des pays pour accepter la juridiction obligatoire de la Cour. La notion inexacte qui sert de base à sa prétention c'est que, dans la plupart des cas, les titres juridiques ne sont pas contestés comme ne l'étaient pas, par exemple — pour citer une fois de plus l'affaire de *l'Électricité* —, les sentences des tribunaux mixtes.

Je n'ai pas besoin de signaler les innombrables exemples antérieurs à 1930 où l'accès du Portugal aux enclaves a donné lieu à des divergences de vue et même à de véritables différends. Je me bornerai à citer la lettre du gouverneur de Goa en date du 12 septembre 1859 (annexe indienne au contre-mémoire, p. 175) qui parle des « différends demeurés pendants qui ont depuis si longtemps séparé les Gouvernements britannique et portugais ».

Sur le fond, j'estime que l'Inde a triomphé à toutes fins utiles. Bien qu'à mon avis le Portugal n'ait aucun droit de passage, puisque la Cour a reconnu au Portugal un droit très limité réduit aux personnes privées, aux marchandises et aux fonctionnaires civils et puisque l'Inde elle-même a déclaré qu'elle n'a pas d'objection au passage des personnes privées et des marchandises et que le droit concernant les fonctionnaires civils a peu de conséquence et qu'il est soumis au pouvoir réglementaire du Gouvernement indien, je considère que, dans l'ensemble, l'arrêt de la Cour approuve l'attitude prise par l'Inde dans la controverse entre elle et le Portugal sur la question du droit de passage.

Je désire indiquer brièvement les motifs pour lesquels j'en suis arrivé à la conclusion que le Portugal n'avait pas démontré l'existence du droit de passage tel qu'il le revendique.

Le Portugal formule dans cette affaire une revendication extraordinaire et sans précédent. Il réclame un droit de transit de Damao à ses enclaves de Dadra et Nagar-Aveli, sur le territoire indien. Il admet que son droit ne comporte aucune immunité, directement ni indirectement. Il reconnaît la souveraineté complète et absolue de l'Inde sur le territoire sur lequel il revendique un droit de transit. Il soutient que ce droit aboutit non pas au démembrement de cette souveraineté, mais seulement à l'acceptation par l'Inde de certaines obligations à l'égard du Portugal, dans l'exercice de cette souveraineté. Le Portugal a refusé de définir l'étendue ou le contenu de ce droit qui, selon lui, a pour but de rendre possible l'exercice dans les enclaves de la souveraineté portugaise et d'assurer, à cet effet, le maintien des communications entre Damao et les enclaves. Le Portugal est incapable d'indiquer à la Cour quelles devraient être les conditions ou les modalités de ce droit; selon lui, c'est à l'Inde qu'il appartient de les préciser, aussi longtemps qu'elles n'entrent

pas en conflit avec le droit fondamental du Portugal au maintien de communications entre Damao et les enclaves. Le droit ainsi revendiqué pourrait être comparé à une ligne géométrique sans épaisseur reliant deux points.

On remarquera qu'il est difficile de fournir des justifications à l'appui de la subtile distinction établie par le Portugal entre démembrement de souveraineté et restriction à l'exercice de la souveraineté. Dans la mesure où l'Inde est souveraine, elle doit posséder, de façon complète, absolue et illimitée, le droit de réglementer — et même d'interdire complètement le passage et la circulation des biens et des personnes. Dans la mesure où le Portugal soutient que l'Inde ne peut lui interdire le passage vers les enclaves, cela implique inévitablement le démembrement de la souveraineté de l'Inde et cela entraîne la restriction et la limitation de cette souveraineté.

Il est également difficile de comprendre comment il peut y avoir droit de transit sans immunité aucune. En raison de cette concession, le droit paraît encore plus dépourvu de fondement. Le Portugal déclare ne pas avoir le droit de faire des objections à la manière dont l'Inde peut le réglementer. L'Inde peut imposer des droits de douane. Elle peut interdire l'entrée de certaines catégories de biens; elle peut exiger une autorisation préalable avant que des armes ou des personnes armées n'entrent ou ne sortent des enclaves. Toutes ces immunités relèvent de la seule compétence de l'Inde — elle ne peut cependant pas couper complètement les communications du Portugal avec ses enclaves. En dernière analyse, lorsqu'on étudie cette situation, on constate que le Portugal réclame, en fait, un droit de transit assorti d'immunités. Il revendique certaines immunités que l'Inde ne peut ni modifier, ni abolir. L'Inde peut édicter telle ou telle interdiction ou telle ou telle réglementation. Mais il y a d'autres choses qu'elle ne peut ni interdire, ni réglementer. De quoi s'agit-il donc, si ce n'est de la revendication d'un droit de transit assorti d'immunités, si limitées ou restreintes soient-elles? Ce n'est qu'un vain exercice de dialectique que de dire que le Portugal ne prétend pas porter atteinte au droit de l'Inde de réglementer le droit de transit, tant que l'Inde n'en rend pas l'exercice impossible.

Le droit que revendique le Portugal suscite une difficulté supplémentaire. Pour lui accorder ce droit, la Cour doit être à même de le définir avec clarté — afin qu'il puisse, d'une part, être appliqué et, d'autre part, être respecté. Mais le droit que réclame le Portugal est vague, obscur, sans fondement et indéterminé. Son contenu et ses modalités varieraient avec le temps et la possibilité de l'appliquer dépendrait des circonstances, qui changent de jour en jour. C'est l'Inde qui déciderait dans quelle mesure le droit devrait être admis et même, dans certains cas, elle pourrait le suspendre complètement. C'est au Portugal qu'il appartient alors de se plaindre d'un acte illicite commis par l'Inde et de soumettre la question à la Cour. Nous avons ainsi la sombre perspective de litiges sans fin devant la

Cour. Qu'il me soit permis de citer un passage du dernier livre du juge Lauterpacht qui exprime ce que je viens de dire avec concision et exactitude :

« Il est conforme au véritable rôle de la Cour que le différend dont elle est saisie soit tranché par sa propre décision et non pas par le jeu éventuel de l'attitude accommodante adoptée par les parties en litige. »

Une chose est claire : si le Portugal obtient de la Cour ce qu'il souhaite, le litige entre l'Inde et le Portugal ne sera pas tranché par la décision de la Cour. Elle ne fera que semer, pour l'avenir, les germes de différends et de discorde.

La Cour a toujours souligné la nécessité de trancher un litige de façon définitive (voir l'affaire relative à *certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* et celle du *détroit de Corfou*).

Le droit revendiqué par le Portugal manque de précision pour une autre raison encore. Il faut le concilier à la fois avec les besoins du Portugal dans l'exercice de sa souveraineté et avec le pouvoir qu'a l'Inde de régler et de contrôler ce droit.

Les besoins du Portugal sont une notion tout à fait subjective et il est impossible pour la Cour de constater l'existence d'un droit susceptible d'être exercé non pas selon un critère formulé par la Cour, mais selon la définition subjective du Portugal, définition qui peut varier avec le temps et les circonstances changeantes.

Pour ce qui est de la coutume locale, il est vrai, sans aucun doute, que pendant toute la période qui nous intéresse, il y a effectivement eu transit entre Damao et les enclaves — il y a eu une circulation incessante et presque continue de biens et de personnes. S'il suffit, pour créer une coutume locale, d'accumuler de nombreux exemples, l'on peut alors, sans aucun doute, dire qu'il y a eu, dans ce cas, création d'une coutume locale. Mais en droit international, il faut beaucoup plus que cela pour qu'il y ait coutume locale. Il ne suffit pas d'apporter la preuve de sa manifestation extérieure ; il est également important d'en établir l'élément moral ou psychologique. C'est cet élément essentiel qui distingue la coutume d'une simple pratique ou d'un usage. Lorsque les parties agissent ou s'abstiennent d'agir d'une certaine manière, elles doivent avoir le sentiment d'obéir à une obligation. Cette obligation doit avoir à leurs yeux la même force que la loi. Si je puis m'exprimer ainsi, il faut qu'un sentiment de contrainte — non pas physique mais juridique — l'emporte sur tout. C'est ce que les auteurs appellent la conviction de la nécessité. Je n'ai pas l'intention d'aborder les subtilités de la doctrine en cette matière. Mais les termes du Statut de la Cour sont clairs et obligatoires pour la Cour. L'article 38, paragraphe 1 b, définit l'une des sources du droit international appliqué par la Cour pour trancher les différends qui lui sont soumis. Il mentionne « la

coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

Or, de 1818 à 1954, il n'est pas au dossier un seul cas où le Portugal ait revendiqué comme un droit le transit ou le passage; il n'est pas un seul cas où la Grande-Bretagne ou l'Inde aient reconnu avoir l'obligation de l'accorder. Lorsque l'on étudie les détails — si abondamment exposés dans les écritures —, on s'aperçoit qu'il s'agit de permissions ou d'autorisations accordées par les autorités indiennes, permissions ou autorisations modifiées ou même supprimées, et même de prohibitions totales du transit pour certaines catégories de biens et de personnes.

L'on trouve dans le dossier la mention de plusieurs cas où certaines catégories de biens ont fait l'objet d'une interdiction absolue, ainsi que de cas où des droits de douane ont été perçus sur des biens. Voir, par exemple, l'interdiction d'importer du sel en provenance de Damao et d'importer en Inde britannique l'alcool du pays et autres produits se rapportant à sa fabrication et provenant de tout territoire portugais; enfin, l'interdiction absolue de toute importation à Damao par voie de terre pendant les années de guerre 1939 à 1945.

La conférence de Barcelone est importante du fait que l'article 14 de la convention a implicitement prévu que les pays intéressés prendraient des dispositions distinctes et spéciales à l'égard des enclaves, y compris les enclaves que nous envisageons dans la présente espèce. Le Portugal n'a pas laissé entendre, au cours de cette conférence, qu'il eût le moindre droit de transit. La question devait être tranchée non pas sur la base d'un droit, mais sur la base d'un accord auquel devaient parvenir le Portugal et l'Inde.

Peut-être le Portugal s'est-il rendu compte de la nécessité de maintenir les communications avec ses enclaves. Mais la nécessité éprouvée par le Portugal ne constitue pas la conviction de la nécessité qui est exigée pour qu'une coutume locale puisse produire effet. Il faut que l'autre partie ait aussi clairement conscience d'une obligation de respecter cette nécessité. Et c'est en vain que l'on en cherche le signe dans tout le dossier, de 1818 à 1954, quand les deux enclaves ont été perdues pour le Portugal. De temps à autre les Gouvernements britannique et indien ont fait des concessions, mais c'était sur une base de réciprocité ou de bon voisinage, et jamais en reconnaissant une pratique antérieure comme ayant force de loi. Il ressort clairement du dossier que les fonctionnaires indiens étaient guidés non par le sentiment d'une obligation à l'égard des Portugais, mais par les intérêts britanniques. Ils étaient disposés à aider les Portugais, mais seulement si c'était opportun. Ce faisant ils accueillaient une requête, ils ne respectaient pas un droit.

Au mieux, et dans l'hypothèse la plus favorable, le Portugal n'a fait que démontrer l'existence d'une série d'actes révocables, faits par les autorités britanniques par courtoisie et pour rendre service.

Le Portugal lui-même a précisé que le passage avait pour fondement la règle de bon voisinage et de coopération internationale —

principes de morale dépourvus de contenu juridique (voir la note portugaise au Gouvernement de l'Inde du 11 février 1954, annexe 40 au mémoire portugais).

A mon avis, le Portugal n'a donc pas démontré l'existence d'une coutume locale même en ce qui concerne un droit de passage limité. En conséquence, il n'a droit à aucun recours et sa requête doit être rejetée.

(Signé) M. C. CHAGLA.