

OPINION DISSIDENTE DE M. CHAGLA

[Traduction]

Je regrette de ne pouvoir me rallier à la conclusion adoptée par la majorité de mes collègues. Étant donné l'importance considérable de la question, j'estime nécessaire d'exposer les raisons de mon désaccord.

Cette affaire présente deux traits remarquables — d'abord, la troisième condition de la déclaration portugaise, ensuite le fait que la requête portugaise introductive d'instance a été déposée trois jours après qu'eut été souscrite la déclaration et avant qu'il ait été possible de se conformer à la disposition contenue dans la deuxième partie de l'article 36, paragraphe 4, du Statut de la Cour. Aucun de ces aspects n'a été examiné par la Cour, quoiqu'ils soulèvent tous les deux des questions très importantes à propos de sa juridiction.

En ce qui concerne la première exception de l'Inde, on peut facilement admettre que la disposition facultative donne une très grande liberté d'action à un État qui se soumet à la juridiction obligatoire de la Cour. Cette liberté existe sous deux aspects différents. Un État a le droit, d'une part, de définir les catégories de différends qu'il est disposé à soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour. Il peut faire toute réserve qu'il désire et il peut limiter les catégories dans la mesure où il l'entend. D'autre part, il peut limiter la durée de la déclaration. La déclaration peut être valable pour deux ans, un an, six mois, ou même elle peut être dénoncée par simple notification. Mais la troisième réserve portugaise est d'une nature tout à fait différente. Elle réserve au Portugal le droit de changer et de modifier le champ d'application de sa déclaration au cours de sa validité.

Il a été soutenu par l'Inde que cette réserve avait un caractère rétroactif et laissait au Portugal la faculté de retirer un litige pendant en ayant recours à cette réserve. On a fait remarquer que l'expression « à la date où elle aura été donnée » employée dans la troisième condition n'indique que le moment de l'entrée en vigueur de la réserve; elle ne se réfère ni à son champ d'application, ni à sa portée. Le Portugal ne limite pas l'étendue de la réserve et, pour cette raison, on a suggéré qu'aux termes de la troisième condition, le Portugal se réservait le droit de retirer un litige pendant devant la Cour. L'Inde n'est pas la seule à adopter cette interprétation. La réaction de la Suède devant cette réserve a été la même que celle de l'Inde. (Voir la note de la Suède au Secrétaire général des Nations Unies datée du 23 février 1956.) Le Portugal a répondu par une note du 5 juillet 1956 dans laquelle il a déclaré que cette condition ne justifiait pas la conclusion selon laquelle le Gouverne-

ment portugais pourrait retirer à la juridiction de la Cour tout différend, ou catégorie de différends, à elle déjà soumis. Si la réserve a un caractère rétroactif, il est alors incontestable qu'elle est mauvaise. D'autre part, il faut se souvenir qu'un tribunal doit toujours avoir tendance à ne pas donner un effet rétroactif ou rétrospectif à un texte, et cela surtout quand cette interprétation est susceptible d'en entraîner la nullité et de priver un tribunal de sa juridiction. Même si le texte de la réserve se prête à cette interprétation, le tribunal devrait, si l'autre interprétation est possible, préférer celle qui rend le texte valable et qui ne prive pas le tribunal de sa juridiction.

Mais, quelle que soit l'interprétation donnée par la Cour à cette condition, elle doit se fonder sur l'énoncé même du texte. On ne peut faire appel à la déclaration *ex post facto* et *ex parte* du Portugal qui a été invoquée et par laquelle ce pays a essayé de clarifier et d'élucider sa propre déclaration. Il n'existe pas de règle d'interprétation plus fermement établie que celle qui stipule que l'intention d'une partie à un instrument doit être dégagée de l'instrument lui-même et non pas de l'intention que la partie déclare avoir eue.

Mais, même si la déclaration du Portugal ne peut pas avoir de caractère rétroactif, elle a un défaut qui, à mon avis, lui est fatal. Une fois formulée une réserve se rapportant à des catégories de différends soumis à la juridiction obligatoire de la Cour, les catégories sur lesquelles la Cour a juridiction doivent être spécifiées et définies. La juridiction de la Cour en ce qui concerne ces catégories de différends doit être acceptée de façon définitive lorsque la déclaration est faite.

C'est en vain que l'on essaie de différencier la réserve portugaise du droit de dénoncer une déclaration à tout moment. On a suggéré en plaidoirie que, dans ce dernier cas, un État peut mettre fin à son obligation de se soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour pour toute catégorie de différends, tandis que, dans le premier, le Portugal s'était réservé un droit plus limité, du fait qu'il ne pouvait que restreindre la portée de son obligation. C'est une argumentation spécieuse. Dans le deuxième cas, la dénonciation de la déclaration met fin au lien juridique existant entre l'État déclarant et l'autre État. L'État cesse d'adhérer à la disposition facultative et n'est plus dans aucun domaine soumis à la juridiction obligatoire de la Cour. Dans le premier cas, le lien juridique continue d'exister. Dans le second, le droit de porter un différend devant la Cour et l'obligation de se soumettre à sa juridiction n'existent plus. Dans le premier cas, le droit subsiste et l'État peut à son gré mettre fin à l'obligation à l'égard de n'importe quel différend.

D'éminents auteurs ont regretté le déclin incessant de la disposition facultative et il est du devoir de la Cour d'empêcher que le

déclin de cette disposition ne se poursuive. M. le juge Lauterpacht, examinant la réserve française dans l'affaire relative à *Certains Emprunts norvégiens* (C. I. J. *Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances*, 1957), a dit (p. 64) qu'elle « a tendance à porter atteinte à l'autorité juridique — et morale — et à la réalité de la disposition facultative » et également (p. 65) qu'elle participe d'« une tendance qui menace de désintégrer le minimum d'accord incorporé dans la disposition facultative ». Ceci s'applique aussi à la réserve nouvelle incorporée par le Portugal à sa déclaration. L'acceptation par le Portugal de la juridiction obligatoire de la Cour est entièrement illusoire. Le minimum de compromis incorporé dans la disposition facultative est le droit accordé à l'État de limiter les catégories de différends qu'il est disposé à soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour; mais aucune dérogation supplémentaire à ce minimum de compromis ne saurait être permise. Une fois qu'un État, par sa déclaration, a clairement exprimé sa volonté de soumettre un différend donné à la juridiction obligatoire de la Cour, la juridiction de la Cour à l'égard de ce différend doit subsister aussi longtemps que la déclaration. Comme l'intention de la disposition facultative est de faire accepter par un État la juridiction obligatoire de la Cour, toute réserve qui contrecarre cette intention doit être considérée comme contraire au but général de la disposition facultative et, de ce fait, nulle.

Il a été suggéré que, même si cette réserve était nulle, comme elle n'affecte pas la présente espèce, on pourrait la séparer du reste de la déclaration et que le reste de la déclaration pourrait rester valable. La doctrine de la séparation est bien établie en droit interne et elle s'applique également en droit international. Si l'une des clauses d'un acte donné constitue une condition essentielle, et si le tribunal constate qu'en l'absence de cette condition essentielle l'acte n'aurait pas été conclu, alors, si la condition est viciée, le tribunal est sans pouvoirs et tout l'acte doit être déclaré nul. Autrement, on rédigerait un nouvel acte dépourvu de cette condition essentielle. Dans le cas que nous examinons, il ne peut y avoir le moindre doute que la réserve en question est une condition essentielle à l'adhésion du Portugal à la disposition facultative. C'est à cette condition que le Portugal a accepté de conférer juridiction à la Cour. La condition est de l'essence même de la soumission du Portugal à la juridiction obligatoire de la Cour et, si cette condition est nulle, toute la déclaration doit être déclarée nulle.

* * *

Comme je suis d'avis que la première exception de l'Inde doit être maintenue, il n'est pas nécessaire que je considère la seconde et la quatrième exception, mais puisqu'elles ont été discutées très

longuement et qu'elles ont soulevé des questions d'une importance considérable, j'aimerais donner mon opinion à leur sujet.

Ces deux exceptions sont fondées sur le fait que la déclaration du Portugal a été remise au Secrétaire général des Nations Unies le 19 décembre 1955 et que la présente requête a été déposée le 22 décembre 1955. Je ne crois pas qu'il existe d'autre exemple, dans l'histoire de la Cour, d'un État ayant déposé une requête avec une telle précipitation. On a soutenu, au nom du Portugal, que l'adhésion à la disposition facultative est un acte unilatéral de la part d'un État et que la déclaration entre en vigueur aussitôt qu'elle a été déposée entre les mains du Secrétaire général des Nations Unies. On a de plus souligné qu'il n'existe aucune disposition dans le Statut ou le Règlement spécifiant qu'un laps de temps doit s'écouler entre le dépôt de la déclaration et le dépôt de la requête. C'est pourquoi on affirme que, bien que les copies de la déclaration n'aient été transmises par le Secrétaire général ni aux Parties au Statut, ni au Greffier de la Cour et bien que l'Inde n'ait pas connaissance du dépôt par le Portugal de cette déclaration, la déclaration est entrée en vigueur immédiatement et, dans la mesure où les déclarations portugaise et indienne assumaient les mêmes obligations, l'Inde était exposée à se voir citée devant la Cour pour répondre à toute demande du Portugal rentrant dans le domaine des deux déclarations.

La question restreinte que nous devons examiner est celle de savoir si le Statut de la Cour prescrit que la déclaration doit entrer en vigueur immédiatement sans connaissance, présumée ou réelle, de la part des autres États qui ont déjà adhéré à la disposition facultative, — en d'autres termes, celle de savoir si un lien juridique peut être créé par un nouveau déclarant avec les autres États déjà parties à la disposition facultative par le simple dépôt de la déclaration entre les mains du Secrétaire général, de manière à permettre au nouveau déclarant de déposer immédiatement une requête et de traduire un autre État devant la Cour. L'Inde a soutenu que, par cette requête précipitée, le Portugal a violé le principe de l'égalité des États devant la Cour, principe qui est à la base même de la disposition facultative. Le Portugal, au contraire, s'est fondé sur le droit strict et a soutenu que l'article 36, paragraphe 2, du Statut n'envisage d'autre réciprocité ou égalité que la réciprocité des obligations à la date de la déclaration. Que le Statut permette ou non à un État de déposer une requête avant que l'encre n'ait séché sur sa déclaration, on reconnaîtra que c'est là une pratique qui ne devrait pas être sanctionnée par la Cour; et s'il existe dans le Statut une disposition permettant à la Cour de refuser de connaître de la requête du Portugal, elle doit le faire, eu égard aux circonstances de l'espèce.

L'article 36, paragraphe 4, du Statut se compose de deux parties: selon la première, il incombe à un État qui fait une déclaration de la déposer entre les mains du Secrétaire général des Nations Unies et,

selon la seconde, il incombe au Secrétaire général d'en transmettre copie aux Parties au Statut et au Greffier de la Cour. Les Parties sont d'accord sur le fait que, à moins d'avoir été déposée comme le stipule l'article 36, paragraphe 4, la déclaration ne peut sortir ses effets. On comprend difficilement pourquoi, si la première partie de l'article 36, paragraphe 4, est impérative, la seconde partie ne l'est pas également. On a dit que la seconde partie est de nature purement administrative ou se rapporte à la procédure et qu'elle donne seulement au Secrétaire général une directive quant à l'exercice de ses fonctions. Il est difficile d'admettre qu'une disposition aussi peu importante ait trouvé place dans un document aussi solennel que le Statut de la Cour. J'estime qu'il faut attacher la même importance aux deux parties de l'article 36, paragraphe 4. Il a dû y avoir une raison pour que les rédacteurs du Statut insèrent cette disposition dans l'article 36, paragraphe 4, et la raison évidente est qu'un certain temps doit s'écouler entre le dépôt d'une déclaration et le dépôt d'une requête.

Dans ces conditions il est inutile de se demander quel délai doit s'écouler entre l'adhésion à la déclaration et le dépôt de la requête. A chaque jour suffit sa règle de droit ; il suffira de se borner aux faits de la présente espèce. Il est évident que, dans cette affaire, une requête a été déposée par le Portugal avant qu'on n'ait pu appliquer la seconde partie de l'article 36, paragraphe 4, et la Cour peut dire que la requête est prématurée et que le Portugal aurait dû attendre jusqu'à ce que la disposition contenue dans la seconde partie de l'article 36, paragraphe 4, ait sorti ses effets.

On a insisté sur l'expression « de plein droit » (*ipso facto*) employée dans l'article 36, paragraphe 2, du Statut. On prétend que cette expression montre clairement que c'est le seul dépôt de la déclaration, sans rien de plus, qui crée le lien consensuel entre l'État déclarant et l'État qui a accepté la même obligation. L'expression « de plein droit » doit être lue avec les mots qui la suivent « et sans convention spéciale ». Ce que le Statut souligne, c'est que, à part la déclaration, aucune convention spéciale n'est nécessaire pour que soit appliquée la disposition facultative. J'estime que l'article 36, paragraphe 2, ne touche pas à la question du moment où la déclaration entre en vigueur. A cette fin, il faut se reporter à l'article 36, paragraphe 4.

La thèse de l'Inde selon laquelle celle-ci a été privée du droit d'invoquer en sa faveur la troisième condition contenue dans la déclaration du Portugal, en raison du moment où la requête du Portugal a été déposée, est convaincante elle aussi. Il est maintenant bien établi en droit qu'un État partie à la disposition facultative est fondé à incorporer dans sa propre déclaration toute condition contenue dans la déclaration de tout autre État qui a déjà adhéré à la disposition facultative. (Voir *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, C. I. J. Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances, 1957.) On ne peut donc pas contester que l'Inde avait le

droit d'invoquer la troisième condition contre le Portugal, de même que le Portugal avait le droit de l'invoquer contre l'Inde. Mais pour qu'il ait un sens ou une signification, il faut que ce droit puisse être exercé. Le Portugal, en déposant sa requête au moment où il l'a fait, a mis l'Inde dans l'impossibilité d'exercer ce droit. Le Portugal aurait pu invoquer la condition à n'importe quel moment avant le dépôt de sa requête. L'Inde n'aurait pu l'invoquer que si elle avait eu connaissance de la déclaration avant le dépôt de cette requête. Une fois que la requête a été déposée, dans la mesure où, comme je l'ai dit, la condition n'a pas un caractère rétroactif, l'Inde était privée de ce droit et forcée d'accepter, bon gré mal gré, la juridiction de la Cour. Dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, on a dit que la Norvège, dans les mêmes conditions que la France, était fondée à exclure de la compétence obligatoire de la Cour les différends rentrant dans le domaine d'application de la réserve française. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, quoiqu'une limitation particulière contenue dans la déclaration de l'un des États ne figurât pas dans la déclaration de l'autre, il a été décidé que la limitation devait subsister entre les Parties. Dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Cour a déclaré que, par l'effet de la condition de réciprocité inscrite au paragraphe 2 de l'article 36, la limitation contenue dans la déclaration d'un État faisait droit entre les Parties.

En quoi consiste la réciprocité envisagée par l'article 36, paragraphe 2? S'agit-il de la réciprocité limitée suggérée par le Portugal, à savoir la réciprocité qui devra subsister à la date du dépôt de la requête, ou d'une réciprocité plus large, qui fonderait un État à se prévaloir de toute limitation contenue dans la déclaration de l'autre Partie, dans la même mesure et de la même manière que cette autre Partie?

Il faut se souvenir que, dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, à la date du dépôt de la requête française, la Norvège ne s'était pas prévalue de la réserve contenue dans la déclaration de la France relative à la juridiction nationale. C'est pourquoi si, dans cette affaire, on avait adopté une interprétation étroite de la réciprocité, la Norvège n'aurait pas pu se prévaloir de cette limitation. Mais la Cour a dit que la Norvège était fondée aussi bien que la France à soutenir que ce différend relevait de la juridiction nationale. C'est pourquoi, strictement, le principe de la réciprocité avait sorti ses effets après que la France eut souscrit sa déclaration et la Cour ne s'est pas bornée à considérer la situation telle qu'elle existait à la date de la requête française. La question soulevée maintenant est celle de savoir si la Cour ne devrait pas examiner la situation telle qu'elle existait avant le dépôt de la requête du Portugal. Si la Cour décide que l'Inde ne pouvait invoquer la troisième condition contenue dans la déclaration du Portugal avant le dépôt de la requête portugaise, et si l'Inde a été privée de ce droit, alors le principe de réciprocité, aux termes de l'article 36, paragraphe 2,

a été violé. Quelle que soit l'opinion qu'on ait de cette affaire, j'estime que la Cour devrait dire que la hâte avec laquelle le Portugal a déposé sa requête a entraîné un abus de la disposition facultative et aussi un abus de la procédure de la Cour. Pour ces raisons, la Cour devrait refuser de connaître de la requête du Portugal.

* * *

Selon la troisième exception de l'Inde, le différend actuel a été porté devant la Cour sans négociations diplomatiques préalables et avant que les négociations aient atteint une impasse. L'Inde a soutenu que la juridiction de la Cour se borne à la solution de différends juridiques, et avant que ne puisse exister un différend, il doit être clair que la controverse ne peut être réglée par voie de négociations. On a fait remarquer qu'avant qu'un État ne soit traduit devant la Cour internationale, il faut tout tenter, au préalable, pour savoir si la controverse en question ne pourrait être réglée à l'amiable. On a attiré notre attention sur les différentes notes échangées entre l'Inde et le Portugal et il apparaît bien que le Portugal n'a jamais, dans ses notes, soulevé la question générale du droit de passage comme tel. Ce qui a été discuté dans ces notes, ce sont des questions concrètes se rapportant à des situations spéciales nées des troubles qui s'étaient produits dans les enclaves portugaises; et le point sur lequel le Portugal a insisté, c'est que l'Inde avait encouru une responsabilité internationale par sa conduite à un moment donné et dans une situation particulière. Notre attention a été attirée sur le fait que si la question générale du droit de passage avait été soulevée dans l'échange de notes diplomatiques, la Cour aurait pu se faire une idée plus claire du droit revendiqué par le Portugal. Dans l'état actuel des choses, la Cour ne peut pas savoir ou juger la nature véritable du droit revendiqué par le Portugal. L'Inde n'a pas non plus eu l'occasion de faire connaître ou d'exprimer ses opinions sur le droit que le Portugal revendique avant que la question ne soit portée devant la Cour. On se fonde sur les déclarations de la Cour dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* (C. P. J. I., Série A/B, n° 77, p. 132): « Ce qui est essentiel, c'est qu'avant qu'une Partie dépose une requête introduisant une instance devant la Cour, l'autre Partie ait eu l'occasion de faire connaître et d'exprimer sa manière de voir sur l'objet du différend. Cette occasion ne peut être fournie que par des négociations diplomatiques. »

On a également soutenu au nom de l'Inde que cette règle sur les négociations diplomatiques préliminaires ne s'applique pas seulement dans les cas où il existe une disposition à cet effet dans un traité entre les Parties. La règle s'applique d'une manière générale et repose sur deux considérations: 1) la nécessité pour la Cour de connaître l'objet du différend, et 2) le fait que les efforts des Parties pour atteindre un accord soient restés infructueux.

Il est certain qu'il faut souhaiter que les États négocient en cas de différend et essaient de trouver une solution équitable avant de se prévaloir de la juridiction obligatoire de la Cour. Mais ce que nous devons examiner, c'est la question de savoir si le fait de ne pas suivre cette méthode souhaitable prive la Cour de sa juridiction. Il est évident, d'après les précédents invoqués, que c'est sur la simple existence d'un différend que la Cour a insisté, et qu'un différend a été défini comme étant une divergence d'opinions ou de vues entre deux États. On a également soutenu que cette divergence est établie lorsqu'un Gouvernement a constaté que l'attitude de l'autre était en contradiction avec la sienne. Dans l'affaire de l'*Usine de Chórzow* (Série A, n° 13, pp. 10 et 11), la Cour a dit : « Il paraît bien désirable qu'un État ne procède pas à une démarche aussi sérieuse que l'assignation d'un autre État devant la Cour, sans avoir auparavant, dans une mesure raisonnable, tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vues qui ne peut être dissipée autrement. Mais, vu la teneur du texte, la Cour estime ne pas pouvoir exiger que la contestation se soit formellement manifestée; à son avis, il doit suffire que les deux Gouvernements aient en fait manifesté des opinions opposées... » C'est pourquoi il est clair que le différend ne doit pas se manifester de façon formelle : il suffit que deux Gouvernements démontrent qu'ils ont des opinions divergentes. On a également observé dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Série A, n° 6, p. 14) : « ... une divergence d'opinion se manifeste dès qu'un des Gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier ». On peut difficilement soutenir que l'attitude de l'Inde sur la question de la revendication par le Portugal d'un droit de passage n'est pas en conflit avec celle du Portugal. Par conséquent, je rejetterais cette exception.

* * *

Sur la cinquième exception nous avons entendu une argumentation très savante sur le fardeau de la preuve. Maintenant que tous les arguments ont été soumis à la Cour, j'estime que la question du fardeau de la preuve perd une grande partie de son importance. Mais je voudrais tout de même en dire quelques mots. Il incombe toujours à une partie qui se présente devant une cour ou devant un tribunal de prouver *prima facie* que le tribunal ou la cour est compétente. Si elle s'est acquittée de ce fardeau *prima facie*, il se peut que le fardeau soit déplacé sur les épaules de l'autre partie. Lorsque l'Inde soulève une exception à la compétence de la Cour parce que l'objet du différend relève exclusivement de sa compétence nationale, il ne serait pas exact de décrire, ainsi que le fait l'agent du Portugal, son attitude comme une tentative de faire obstruction au cours normal de la procédure prévue par le Statut. Sans aucun

doute, la partie qui se présente devant la Cour a le droit de bénéficier de la procédure prévue par le Statut et le Règlement en matière contentieuse. Mais il n'en est ainsi que si l'on suppose que la Cour est compétente. Tout ce que l'Inde a fait, c'est d'attirer l'attention de la Cour sur le fait que, si l'on considère sa déclaration, la Cour n'est pas compétente en ce qui concerne ce différend. C'est à la Cour qu'il appartient en dernier lieu de trancher la question de juridiction et c'est seulement si la Cour estime que le différend tombe sous la portée de la déclaration de l'Inde que l'affaire peut continuer à être examinée et que les règles de la procédure statutaire peuvent sortir leurs effets. Il est également erroné de dire que, dans la mesure où l'Inde se fonde sur une exception contenue dans sa déclaration conférant juridiction à la Cour, le fardeau de la preuve lui incombe et que c'est à elle d'apporter les preuves à l'appui de cette exception. L'Inde a accepté la juridiction obligatoire pour certaines catégories de différends, et la catégorie particulière concernant les questions relevant exclusivement de sa compétence nationale a été exclue. C'est pourquoi il incombe au Portugal de démontrer que le différend qu'il a porté devant la Cour rentre dans le domaine de la déclaration de l'Inde, et il ne peut le prouver qu'en démontrant à la Cour que le différend ne relève pas exclusivement de la compétence nationale de l'Inde. La réserve formulée par l'Inde concernant les questions relevant exclusivement de sa compétence nationale n'est pas une exception; c'est une partie essentielle — intégrale — de son acceptation de la juridiction de la Cour.

Pour en venir au centre de la question, certains points ne sont pas contestables. Premièrement, l'Inde exerce une souveraineté territoriale exclusive sur le territoire sur lequel le Portugal revendique un droit de passage ou un droit de transit. Je pense qu'il est également incontestable que, *prima facie*, un État jouissant de la souveraineté territoriale a le droit d'accorder ou de refuser à tout autre État un droit de passage ou de transit à travers ses territoires, ou de lui accorder ce droit dans les conditions et aux termes qui lui semblent bons. Il est vrai que, même si l'objet d'un différend relève de la compétence nationale d'un État, il est possible que celui-ci n'ait pas un pouvoir discrétionnaire absolu à ce sujet, mais qu'il puisse être soumis à toute obligation internationale contractée par lui. Si l'Inde a assumé une obligation internationale quelconque, alors la question ne relève plus de sa compétence nationale exclusive. En d'autres termes, la question ne fait pas partie du domaine réservé, mais du domaine international que la Cour peut examiner, et elle peut définir les obligations de l'Inde selon le droit international.

Il est vrai que dans un grand nombre de cas, lorsqu'une exception est formulée sur la base de la compétence nationale, la Cour a tendance à joindre l'exception au fond parce qu'elle pense qu'il est impossible d'arriver à une décision sur la question sans examiner le fond. Mais il n'en est pas toujours ainsi, sans quoi un État n'aurait

jamais la faculté de présenter une exception préliminaire sur cette base. La Cour a nettement énoncé les conditions à remplir pour que l'exception ne soit pas retenue à un stade préliminaire, mais qu'elle soit jointe à l'examen au fond. Le Portugal doit démontrer que les titres qu'il invoque justifient la conclusion provisoire qu'ils ont une importance juridique pour la solution du différend en droit international. (Voir l'énoncé classique du droit dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, Série B, n° 4, p. 25.) Pour employer un langage plus simple, le Portugal doit démontrer que sa revendication contient une cause d'action soutenable selon le droit international. En d'autres termes, le Portugal doit démontrer qu'une règle de droit international a pris la place de la règle générale suivant laquelle l'objet du différend qui relève de la compétence nationale de l'Inde relève de son pouvoir discrétionnaire.

Examinons maintenant l'objet du différend qui s'est élevé entre le Portugal et l'Inde. Je ne vais pas examiner les différentes métamorphoses que la réclamation du Portugal a subies. Mais comme il a été finalement indiqué à la Cour, ce qu'on revendique, c'est un droit de transit entre Damão et les enclaves portugaises de Dadrá et de Nagar-Aveli pour maintenir les communications entre Damão et les deux enclaves. La première chose surprenante au sujet de ce prétendu droit est qu'il est entièrement indéfini et vague, et, comme le dit l'agent du Gouvernement indien, « sans définition ni consistance, difficile à exercer et à exécuter ». Lorsqu'un État se présente devant la Cour pour revendiquer un droit contre un autre État, il doit s'agir d'un droit susceptible de s'appliquer. Il doit s'agir d'un droit qui, si la Cour le reconnaît, pourra être appliqué par l'État défendeur. Une Cour ne peut rendre un arrêt qui ne puisse être exécuté par la partie perdante, et le trait le plus surprenant de la revendication du Portugal dans cette affaire est que, si sa thèse était retenue, l'arrêt qu'il obtiendrait de la Cour ne pourrait jamais être exécuté par l'Inde. Si la Cour déclarait que le Portugal a un droit de transit sur le territoire indien entre Damão et les enclaves, il serait impossible à l'Inde d'apprécier la nature, l'étendue ou la teneur de ce droit. Le Portugal est-il fondé, aux termes de ce droit, à transporter une armée tout entière de Damão aux enclaves pour réprimer une révolte dans ces territoires? Pourra-t-il transporter des tanks et de l'artillerie, ainsi que tout ce qui se rapporte aux armes modernes et aux armements? Pourra-t-il faire survoler par des avions le territoire indien pour bombarder les enclaves afin de les soumettre? Ou le droit sera-t-il limité au transit des fonctionnaires diplomatiques ou de petites unités de troupes pour maintenir la légalité et l'ordre dans les enclaves? Ces questions démontrent d'une façon concluante que le Portugal n'a pas pu formuler un droit qu'il puisse faire valoir contre l'Inde. C'est seulement au moyen de négociations pouvant conduire à un traité que les modalités d'un droit de transit peuvent

être réglées entre l'Inde et le Portugal. Mais on ne peut pas demander à la Cour de rédiger un traité entre ces deux États. La Cour ne peut statuer que sur un droit qui existe, et si le droit revendiqué a si peu de substance qu'il est impossible de le rendre applicable, la Cour doit décider que ce droit n'est pas juridiquement reconnu et est encore moins un droit reconnu par le droit international ou un droit au sujet duquel le pouvoir discrétionnaire de l'Inde est subordonné à une obligation internationale. Il me semble que, pour ce seul motif, l'exception préliminaire de l'Inde doit être retenue. La Cour perdrait purement et simplement son temps si elle joignait l'exception au fond, car, en fin de compte, elle devra conclure qu'une déclaration efficace en faveur du Portugal est impossible.

J'ai déjà fait remarquer que c'est un principe fondamental du droit international qu'un État exerce une compétence exclusive sur son propre territoire. Ce principe a été exposé avec force par le *Chief Justice* Marshall dans l'affaire du *Schooner Exchange* (1812, 7 *Cranch* 116): « La compétence de la nation sur son propre territoire est nécessairement exclusive et absolue. Elle n'est pas susceptible de limitations qui ne lui soient imposées par elle-même. Toute limitation tirant sa validité d'une source extérieure impliquerait une diminution de souveraineté dans la mesure de ladite limitation et, dans la même mesure, un investissement de souveraineté aux mains du pouvoir qui est à même de l'imposer. Par conséquent, toute exception au pouvoir entier et complet d'une nation sur son propre territoire doit procéder du consentement de la nation elle-même. Elle ne saurait procéder d'aucune autre source légitime. » Le Portugal ne suggère pas que l'Inde ait jamais donné son consentement à une limitation quelconque de sa souveraineté territoriale sur le territoire en question. Bien que dans son mémoire le Portugal se soit fondé sur des traités conclus entre les souverains mahrattes et lui-même, il a renoncé à cette thèse ou du moins il n'a pas insisté sur ce point au cours de ses plaidoiries. En fait, le seul traité qui mentionne cette question est le traité conclu entre les Portugais et les Mahrattes en 1741 qui, si étonnant que cela soit, prévoit expressément que les soldats de l'une ou l'autre Puissance ne doivent pas pénétrer dans le territoire de l'autre sans la permission de celle-ci. Donc, si l'Inde n'a pas donné son consentement à une limitation quelconque de sa souveraineté, existe-t-il une autre obligation internationale contractée par elle, indépendamment de tout traité ou de son consentement? Qu'il me soit permis d'observer en passant que le Portugal admet que le droit de transit qu'il revendique, quoique dépourvu d'immunité, constitue bien une limitation à la souveraineté de l'Inde.

Une obligation internationale peut naître de la coutume locale. Si le Portugal avait exercé ce droit pendant très longtemps, ce droit pourrait exister en vertu du droit international. Mais pour pouvoir démontrer l'existence du droit coutumier local, il ne suffit pas au Portugal de dire simplement qu'il a depuis longtemps

maintenu ses communications entre Damão et les enclaves. Il doit faire plus: il doit démontrer qu'il avait bénéficié des facilités de transit en tant que droit et non en tant que faveur ou concession de la part du Gouvernement indien. S'il est une chose plus clairement établie que toute autre par l'examen des documents que nous avons devant nous, c'est que, tout au long de la période en question — à partir de 1818 lorsque les Britanniques apparurent sur la scène —, les facilités dont jouissait le Portugal pour communiquer avec ses enclaves étaient entièrement subordonnées au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement indien et étaient accordées au Portugal à titre de faveur et de complaisance. Le Gouvernement indien s'est toujours réservé le droit d'exercer un contrôle sur les facilités de passage ou de transit et même, si l'occasion s'en présentait, de les prohiber entièrement. Il y a des exemples où un embargo total a été proclamé par le Gouvernement indien sur le transport de certaines marchandises. Il y a des exemples où une personne de l'importance du consul général du Portugal a rappelé au gouverneur de Diu que l'autorisation des autorités britanniques était indispensable pour que les troupes portugaises puissent traverser le territoire britannique. C'est pourquoi l'Inde a raison lorsqu'elle soutient qu'un droit de passage qui peut être révoqué en totalité ou en partie par quelqu'un d'autre ne constitue en aucune façon un droit. Je pense que le Portugal se rend compte de la faiblesse de sa thèse sur ce point, et c'est pourquoi ce qu'il a réellement fait valoir, c'est que le droit qu'il revendique est justifié par les principes généraux du droit international. Les principes généraux du droit international seraient applicables si le Portugal démontrait l'existence d'une coutume générale, par opposition à une coutume locale, donnant le droit à un État d'avoir accès à ses enclaves grâce à des facilités de transit qui lui sont accordées afin de maintenir les communications entre cet État et ses enclaves. Or la seule coutume d'ordre général reconnue par le droit international qui soit comparable à la question que nous examinons est le droit de passage innocent dans les eaux territoriales et dans les parties maritimes des fleuves internationaux, ainsi que l'immunité dont jouissent les diplomates lorsqu'ils sont en transit d'un État à un autre. Il n'a jamais été démontré qu'une coutume générale permettant à un État d'avoir accès à ses enclaves existât en tant que droit. Le Portugal s'est fondé sur une étude savante faite par le professeur Bauer concernant d'autres enclaves, mais cette étude prouve seulement que le droit de passage ne résulte que d'un traité ou d'une coutume locale, ce qui n'est pas applicable au cas actuel.

On peut aussi introduire en droit international un principe tiré du droit interne lorsqu'il s'agit, en droit interne, d'un principe universellement reconnu et si ce principe n'est pas en conflit avec les règles du droit international lui-même; et c'est avec force que le Portugal invoque le principe du droit interne que l'on peut appeler une servitude nécessaire. On soutient que quand le fonds

d'un propriétaire terrien est entouré par des fonds appartenant à d'autres propriétaires, le premier a le droit d'accéder à la voie publique. Ce droit d'accès naît de la nécessité, car, sans lui, le propriétaire serait enfermé dans ses terres et ne pourrait pas en sortir. Pour ces raisons, dans ces circonstances, le droit interne suppose l'existence d'un droit de passage en faveur du premier propriétaire à travers les fonds des autres propriétaires. J'estime qu'il est fort imprudent de chercher une analogie entre les droits d'un propriétaire et les obligations d'autres propriétaires en droit interne, et les droits et les obligations des États en droit international. Aucune comparaison n'est possible entre la propriété privée et la souveraineté territoriale, ni entre un citoyen et un État souverain. Un État souverain peut passer n'importe quelle loi affectant la propriété privée. Il peut forcer le propriétaire terrien à céder son droit aux propriétaires voisins. Mais il n'en est certainement pas de même des souverains territoriaux. Le Portugal ne peut forcer l'Inde à lui céder un droit, et l'Inde ne peut se trouver dans l'obligation de le céder, pour le motif que le Portugal devrait, par nécessité, avoir accès à ses enclaves. De plus, cette règle serait nettement en contradiction avec le principe de droit international incontesté et bien établi, à savoir: le principe de la souveraineté territoriale. Pour cette raison, il n'y a pas lieu d'introduire ce principe de droit interne dans le domaine du droit international.

Même en droit interne, les parties peuvent se mettre d'accord quant à la nature ou à l'étendue d'une servitude, et si les parties sont d'accord, le droit interne ne présume pas une servitude nécessaire. Dans le cas actuel, les relations entre le Portugal et le souverain territorial de l'Inde démontrent nettement que les conditions du passage ou du transit du Portugal sur le territoire indien étaient clairement établies. Selon ces conditions, le Portugal n'avait pas le droit de passage ou de transit, et ne pouvait bénéficier que des facilités que le Gouvernement indien, à son entière discrétion, trouvait bon de lui accorder. Par conséquent, le Portugal n'a pas réussi à prouver sa thèse — et moins encore à montrer qu'elle fût soutenable — selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de l'Inde, qui relève nettement de sa compétence nationale, serait soumis à une obligation internationale ou à une règle de droit international en vertu de laquelle la question ne relèverait plus du domaine réservé. J'estime que, dans ces circonstances, la Cour devrait maintenir cette exception soulevée par l'Inde et décider qu'il n'est pas nécessaire de continuer une enquête sur les faits et qu'il ne servirait à rien de joindre cette exception au fond.

* * *

Je vais examiner maintenant la sixième et dernière exception de l'Inde. Elle se rapporte à la limitation *ratione temporis*. L'Inde soutient que le différend porté devant la Cour est né avant le 5 février

1930 et se rapporte à des situations ou des faits antérieurs à cette date et que, pour cette raison, le différend est nettement exclu de la compétence de la Cour, à cause de la réserve de sa déclaration du 28 février 1940. Si on examine la jurisprudence de la Cour, il est évident que les seuls faits et situations dont on puisse tenir compte, aux fins de cette exception, sont les faits ou situations qui sont la source ou la cause du différend. A mes yeux, il est clair que la source du différend est la divergence d'opinion entre l'Inde et le Portugal quant aux conséquences juridiques de ce qui s'est produit à partir de 1812. La divergence ne se rapporte pas seulement à ce qui est arrivé en 1954: elle couvre tout l'enchaînement des faits et des situations invoqués par le Portugal pour affirmer son droit. Le Portugal prétend que l'Inde a agi en violation de son obligation de permettre le droit de passage au Portugal et que cette infraction n'a eu lieu qu'en 1954; c'est pourquoi il serait inutile d'examiner, aux fins de cette exception, tous les faits ou toutes les situations antérieurs à 1954. Ce raisonnement est certainement faux. L'obligation même de l'Inde est contestée, et, selon le Portugal lui-même, l'obligation de l'Inde naît de faits et de situations antérieurs à 1930. La question que la Cour doit examiner n'est pas celle de savoir s'il y a eu, en 1954, infraction par l'Inde au droit juridique du Portugal. La question à examiner est celle de savoir si le Portugal avait un droit quelconque, et le Portugal ne peut démontrer l'existence d'un droit que par un ensemble de preuves qui se situe entre 1818 et 1954 et forme un tout continu. Ce n'est pas là un nouveau différend que le Portugal essaie de soumettre à la Cour. Le conflit d'opinions existant entre les deux Gouvernements remonte à 1818. C'est un différend concernant le véritable résultat en droit de faits et de situations qui se sont produits depuis 1818. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* (C. P. J. I., Série A/B, n° 74, p. 24), la Cour a observé que l'expression « faits et situations » était assez large pour embrasser tous les différents faits susceptibles de donner naissance à un différend, et que le sens du terme « situation » comprendrait non seulement les faits mais aussi les conséquences juridiques résultant d'une série de faits donnés. Toujours dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour, en parlant de l'objet général de la limitation *ratione temporis*, a déclaré: « ... en la formulant, on a entendu enlever à l'acceptation de la juridiction obligatoire tout effet rétroactif, soit pour éviter de façon générale de réveiller des griefs anciens, soit pour exclure la possibilité de voir déferés 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 » (p. 24). Cette observation s'applique à la présente espèce avec toute sa force. Le Gouvernement de l'Inde ne pouvait pas prévoir les procédures juridiques auxquelles les faits et situations survenus depuis 1818 pourraient donner lieu. Le seul but de la limitation de l'Inde contenue dans sa déclaration

est d'empêcher la Cour de statuer sur de tels faits et situations. J'estime qu'il n'existe pas de réponse à la sixième exception de l'Inde.

J'aimerais faire une observation d'ordre général relative à la question de la juridiction de la Cour. Il a été soutenu qu'un bon juge élargit sa compétence. Cette affirmation peut être vraie lorsqu'il s'agit d'un juge dans un tribunal régi par le droit interne; elle ne l'est certainement pas de la Cour internationale. La base même de la juridiction de cette dernière est la volonté de l'État, et cette volonté doit clairement démontrer que celui-ci a accepté la juridiction de la Cour à l'égard de tout différend ou de toute catégorie de différends. Pour cette raison, tandis qu'un tribunal de droit interne peut interpréter libéralement les dispositions juridiques lui conférant compétence, la Cour internationale, au contraire, doit interpréter strictement les dispositions du Statut et du Règlement et les instruments signés par les États, afin de déterminer si l'État qui a soulevé une exception à sa compétence l'a, en fait, acceptée.

Pour ces raisons, je serais d'avis de débouter le Portugal de sa demande pour le motif que la Cour est incompétente pour en connaître.

(Signé) M. C. CHAGLA.