

OPINION DISSIDENTE DE M. BADAWI,
VICE-PRÉSIDENT

Je suis d'accord sur les décisions de la Cour en ce qui concerne les exceptions 1, 3, 4 et 5, sans toutefois souscrire à certains aspects de la motivation de ces décisions.

Je regrette cependant de ne pouvoir me rallier à celles relatives aux exceptions 2 et 6 que j'estime justifiées. Chacune de ces deux exceptions suffit pour exclure la compétence de la Cour pour connaître du différend relatif au droit de passage.

* * *

La deuxième Exception a trait à l'introduction prématurée de la requête portugaise du 22 décembre 1955.

La déclaration du Portugal a été déposée auprès du Secrétaire général le 19 décembre, mais les pleins pouvoirs du représentant de cet État n'ont été signés à Lisbonne que le 20 et n'ont été remis au Secrétaire général que le 21.

Donc, la déclaration a beau avoir été présentée le 19 décembre, elle n'a été régulièrement déposée que le 21.

Mais la requête a été introduite devant la Cour le 22 décembre. Le Gouvernement de l'Inde a pu, par ses propres investigations, découvrir l'existence de la déclaration vers la fin de décembre, mais le Secrétaire général ne l'a transmise aux États qu'au cours du mois de janvier 1956 (le 19).

L'Inde fonde son exception sur le défaut d'égalité, de mutualité et de réciprocité, mais ces fondements ne sont pour l'Inde que les conséquences du caractère consensuel des déclarations. A mon avis, ces conséquences n'apportent à l'argument tiré du caractère consensuel aucune force supplémentaire. Je m'en tiens donc à ce caractère consensuel, base de cette exception.

On s'accorde à reconnaître qu'un État ne peut être soumis à une juridiction internationale que de son consentement. Le système de déclaration, tout ingénieux qu'il soit pour vaincre certaines résistances et pour trouver une formule pratique et variable pour l'acceptation de la juridiction de la Cour sans une prescription directement et uniformément obligatoire, n'en est pas moins basé sur la notion du consentement.

Lorsque l'article 36 dit « de plein droit et sans convention *spéciale* », il souligne le caractère conventionnel des déclarations, qu'il confirme par la phrase « à l'égard de tout État acceptant la même obligation ». Ces formules excluent toute idée d'attribuer à la seule déclaration un caractère unilatéral et un effet obligatoire de ce chef.

On a prétendu que la Cour a, dans certains considérants de ses décisions, qualifié les déclarations comme des actes unilatéraux, mais l'examen de ces considérants montre que cette qualification n'a aucunement la signification que la déclaration liait par sa seule force les autres États. La Cour constatait simplement qu'aux fins de l'interprétation de ces déclarations leur origine unilatérale devrait être prise en considération.

Le Portugal ne conteste pas, du reste, le caractère consensuel du rapport juridique qui se forme entre les États qui ont souscrit à des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Mais il a soutenu que ce qui crée le lien consensuel entre ces États est la co-incidence de leurs déclarations ou, plus exactement, c'est la disposition de l'article 36, paragraphe 2, qui établit une réciprocité de droits et d'obligations entre les États acceptant la même obligation. Mais cette réciprocité ne peut créer l'accord. Elle peut en déterminer l'étendue. Mais ce qui crée l'accord ici, comme dans toute autre conjoncture, c'est toujours la notion classique de l'offre et de l'acceptation.

En effet, toute déclaration ne peut s'analyser qu'en une acceptation, par l'État qui la dépose, des déclarations des États qui l'ont précédé, et en une offre de sa part à ceux-ci. Cette analyse est particulièrement évidente lorsque la nouvelle déclaration contient des réserves nouvelles.

Or quel que soit, dans cette analyse, l'État qui offre ou celui qui accepte, il faut dans tous les cas que l'offre soit acceptée par l'État auquel elle est adressée. Cette acceptation, même considérée comme délimitée par la réciprocité, n'en est pas moins indispensable. Elle doit exister car elle est à la base de l'obligation qui en résulte pour ces États de se soumettre à la juridiction de la Cour. Peu importe que cette acceptation soit effective ou présumée, en vertu d'une construction juridique que la communication vaut acceptation, elle doit toujours être reconnue comme le seul fondement de la compétence de la Cour.

* * *

Il va sans dire que le Secrétaire général n'est pas le destinataire de la déclaration qui est censée être adressée ou notifiée, par l'État qui la fait, aux autres États qui y ont déjà souscrit, pour que le contrat judiciaire se forme entre eux.

La notification des déclarations au Secrétaire général, ou son dépôt auprès de lui et son obligation de la communiquer aux autres États sont simplement destinés à remplacer la communication directe. Le Secrétaire général est donc un simple dépositaire chargé de la porter à la connaissance des autres États. En canalisant cette opération de communication dans les services du Secrétaire général, le Statut a uniquement cherché à en assurer l'accomplissement

d'une manière efficace et régulière. Cette communication constitue une obligation spéciale du Secrétaire général prévue par l'article 36 du Statut.

Traduit dans la terminologie juridique, le système des déclarations constitue un contrat par correspondance entre l'État déclarant et les autres États par l'organe et l'intermédiaire du Secrétaire général qui, en l'occurrence, constitue un relais de transmission. Le conseil du Portugal a bien reconnu cette construction juridique, mais il a soutenu que le contrat serait formé par le seul dépôt auprès du Secrétaire général.

Il y a lieu à cet égard de rappeler que toute déclaration est à la fois une acceptation et une offre. L'offre du Portugal, contenue dans sa déclaration et adressée aux autres États, n'avait pas été acceptée par l'Inde, ni même communiquée à l'Inde.

* * *

En ce qui concerne la formation des contrats par correspondance, les systèmes législatifs internes adoptent des positions variées. Les uns adoptent la théorie de la déclaration, d'autres celle de l'expédition. D'autres, enfin, considèrent que le contrat est conclu dans le lieu et le moment où l'auteur de l'offre a pris connaissance de l'acceptation — sans compter le système de la Cour de Cassation française qui considère que c'est une question de fait qui doit être déterminée suivant les circonstances de chaque espèce.

Le Portugal soutient que l'article 36 du Statut ne prévoit rien à ce sujet mais, obligé de reconnaître le caractère consensuel des déclarations comme une implication tacite du système, cherche à expliquer l'expression du consentement entre les États par la simple co-incidence de leurs déclarations. Or, en fait, cette co-incidence souvent fait défaut et, en tout cas, ne constitue que la mesure et l'étendue des obligations respectives des États.

Certes, le cas est nouveau et sans précédent. D'une manière générale, ni la doctrine ni la jurisprudence ne s'en sont occupées. Le cas actuel trahit le souci de faire une surprise et d'éviter les dénonciations ou exclusions éventuelles. Mais il n'atteint d'aucune manière le minimum des conditions exigées pour la formation d'un contrat.

La déclaration ayant été déposée auprès du Secrétaire général la veille de la requête, il aurait été inconcevable de supposer qu'il fût possible de la transmettre aux autres États dans les 24 heures. La déclaration est donc restée comme si elle n'avait pas encore été faite.

Il est oiseux et même inutile de discuter au sujet du moment où un consentement a pu exister, où un contrat a pu être considéré comme formé entre l'État déclarant et les autres. Quel que soit

ce moment, nous nous trouvons, en l'espèce, dans une situation qui, en tout état de cause et quel que soit le critère ou le moment que l'on adopte relativement à la formation du contrat par correspondance, est manifestement antérieure audit moment. Le cas se limiterait à une offre non encore expédiée.

* * *

En invoquant l'article 36, paragraphe 2, du Statut pour démontrer que la déclaration produit son effet immédiatement et permet de saisir la Cour le lendemain de son dépôt, la Cour met l'accent sur l'expression « de plein droit », « *ipso facto* », mais en isolant cette expression de l'expression suivante: « et sans convention spéciale », qui la complète, l'intégrité de la pensée du Statut a été méconnue et rompue. Ce que le Statut a voulu prévoir, c'est qu'il n'y aura pas besoin, pour l'acceptation de la juridiction de la Cour, d'une convention *spéciale* (et je souligne le mot « spéciale ») entre chaque État et les autres États. Toutefois, comme la soumission à une juridiction internationale est essentiellement et éminemment d'ordre conventionnel, cette soumission résultera, d'après le Statut, de plein droit de la convention qui s'accomplit entre l'État déclarant et les autres États, par l'échange de la déclaration entre eux, échange dont le Statut a assuré l'opération par la double obligation: celle de l'État déclarant de la déposer auprès du Secrétaire général et celle de ce dernier de la communiquer aux autres États. La notion conventionnelle, tant en substance que dans la forme, a donc été rigoureusement observée dans le système de la clause facultative.

Mais le respect de cette notion aurait-il été possible sans le mécanisme classique de l'offre et de l'acceptation? Il est évident que les auteurs du Statut n'ont pu innover dans les conceptions juridiques. Or en dehors de ce mécanisme classique, il n'existe que le système de la théorie de la déclaration de la volonté et celui du contrat d'adhésion où la dualité de l'offre et de l'acceptation s'estompe. Mais très peu de législations connaissent le premier système, alors que le second ne présente aucune analogie avec la clause facultative.

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'État 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 ?

* * *

On a cité également le cas de conventions collectives ou multilatérales dans lesquelles l'État qui y accède assume par sa seule accession la qualité de partie à la convention, bénéficiant des droits que la convention confère et soumis aux obligations qu'elle prescrit, sans égard à l'acceptation des autres États. Mais la situation dans ce cas ne diffère pas de celle signalée dans les contrats d'adhésion des droits internes, puisque la convention est acceptée en bloc — telle quelle — et qu'elle demeure même ouverte aux accessions par la volonté de ses signataires.

On s'est prévalu, cependant, de l'avis de la Cour, du 28 mai 1951, sur les Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide. Mais tout d'abord, cet avis ne traite pas de la règle relative à l'adhésion aux conventions collectives; en outre, l'avis reconnaît qu'une réserve quelconque n'est valable que si elle est acceptée par tous les contractants sans exception, et que cette conception, directement inspirée de la notion du contrat, conserve une valeur de principe indéniable. L'avis donné par la Cour a, du reste, été expressément limité à la seule convention sur le génocide.

D'autre part, le système de la clause facultative, établi par l'article 36 du Statut, n'a rien de commun avec une convention collective. Il s'agit de déclarations individuelles, d'un type assez variable, qui, combinées par leur échange, constituent des conventions également variables, limitées par la réciprocité.

* * *

On a invoqué la pratique des États qui dénoncent et renouvellent leurs déclarations avec la conviction que tant la dénonciation que le renouvellement prennent effet immédiatement et, d'une manière particulière, on a opposé l'attitude et la thèse de l'Inde sur le caractère prématuré de la requête à la formule adoptée par elle en ce qui concerne la dénonciation de sa propre déclaration du 7 janvier 1957, comme devant produire son effet immédiatement, pour dire que ce qui serait valable pour la dénonciation de la déclaration indienne devrait l'être également pour la déclaration portugaise.

Mais il est plus que contestable, à mon avis, que le mot « immédiatement » ait le pouvoir d'abolir la notion consensuelle pour

la dénonciation du contrat d'acceptation de la juridiction de la Cour.

Dans les deux cas de formation de ce contrat et de sa dénonciation, les mêmes règles relatives à la nécessité de l'acceptation devraient s'appliquer.

* * *

J'estime donc que la construction juridique qui, à la fois, répond aux éléments de fait du différend soumis à la Cour et est conforme au Statut, ne permet pas de dire qu'un accord a pu exister entre le Portugal et l'Inde sur l'acceptation de la juridiction de la Cour. La Cour serait donc incompétente pour connaître de la requête du 22 décembre 1955, sur la base de la deuxième Exception.

* * *

La sixième Exception invoque la clause relative aux différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits postérieurs à cette date, l'exception *ratione temporis*.

Je laisse de côté la première phase où cette exception était dans un certain rapport de dépendance avec la cinquième Exception et où la portée de l'exception était vague, imprécise et hypothétique, pour m'en tenir à la forme définitive qu'elle a prise dans la phase de la réplique. Dans cette phase, comme dans les phases antérieures, les deux Parties ont invoqué en leur faveur, l'arrêt des *Phosphates* et celui de *l'Électricité de Sofia*, et chacun de s'appuyer sur la formule adoptée par la Cour permanente dans les deux décisions pour considérer la situation telle qu'il l'a décrite, comme *le fait générateur du différend*.

Dans les deux cas, *Phosphates* et *Électricité de Sofia*, on pouvait nettement distinguer le différend de la situation. Dans l'affaire des *Phosphates*, tant le différend que la situation qui l'a fait naître étaient, aux yeux de l'Italie, des actes illicites. Mais la Cour, faisant remonter la situation qui a engendré le conflit à 1920, date du dahir qui a établi le monopole des phosphates, a dû se déclarer incompétente puisque cette date est antérieure à la date de la ratification de la déclaration.

Dans l'affaire de Sofia, le Gouvernement bulgare a cherché à faire remonter le différend à une situation antérieure: à savoir les sentences arbitrales qui dataient d'avant la déclaration et qui auraient rendu la Cour incompétente; mais la Cour a constaté que ces sentences étaient reconnues par les deux parties comme obligatoires et que ce sont leurs applications postérieures à la déclaration qui étaient les faits générateurs des différends.

Dans le cas actuel, et bien que l'Inde ait prétendu que le différend serait antérieur à 1930, il se situe en 1954. Le Portugal admet cette date et c'est en fin juillet qu'il se cristallise.

Mais quel serait le fait ou la situation qui peut être considéré comme générateur du différend? Le Portugal, dans la dernière phase des plaidoiries, estime que « ce sont ceux qui *se sont traduits* par la rupture des communications avec les enclaves du fait de l'Union indienne en 1954 et par la persistance de cet état de choses. A un moment donné, l'Inde décida d'empêcher l'accès du Portugal à ses enclaves et mit en œuvre cette décision » (p. 236 du volume sur la procédure orale).

Dans une phase antérieure, le Portugal déclarait: « On sait comment ce différend a pris naissance. L'Union indienne, dans ses notes du 27 février 1950, du 14 janvier et du 1^{er} mai 1953, a manifesté la prétention de mettre fin à la souveraineté du Portugal dans ses territoires de la Péninsule hindoustannique en se les incorporant. Ces notes constituent — comme il est dit au paragraphe 30 du mémoire — le « prélude des événements qui sont à la base de la présente action ». » (Même volume, p. 117.)

Selon cette thèse, la situation aurait commencé en 1950 et elle aurait engendré le différend de 1954.

Pour l'Inde, la situation remonte à 1818 et serait, par conséquent, antérieure à 1930.

Avant d'examiner la thèse indienne, on ne peut ne pas constater que le Portugal confond le différend et la situation. Le fait qu'il y a un point culminant dans un différend, à savoir 1954, n'empêche pas qu'il se compose de plus d'une étape, et c'est le Portugal, dans sa première plaidoirie, qui qualifie les notes de 1950 et 1953 comme « le prélude des événements qui sont à la base de la présente action ». Ce serait méconnaître le sens des « faits et situations » que d'y comprendre les développements du différend. Le différend a commencé dès 1950, et, comme c'est à la fois un différend politique et juridique, il a pris des formes variées et des phases successives.

En effet, s'agissant, du côté de l'Inde, d'un passage de tolérance, les difficultés ou avanies infligées par elle au Portugal, qui ont commencé en 1950 et culminé en 1954, ne seraient que les manifestations graduées du différend. Elles constituent le différend dès son début et jusqu'à sa fin, et non la situation qui l'a engendré.

Pour l'Inde, les faits et situations qui ont engendré le différend, ce sont ceux qui ont précédé la période 1950-1954 et qui remontent dans le passé, depuis 1818, c'est-à-dire pendant toute la période où le passage a été exercé.

C'est de cette situation au caractère ambigu et équivoque qu'est né le différend provoqué par les mesures prises en 1954. Il s'agit là,

en effet, d'une situation matérielle: autorisation de passage, qui aurait été entendue de manières différentes par chacune des Parties: l'Inde comme une tolérance ou « act of grace », et le Portugal comme un droit. En vérité, cette situation est effectivement susceptible de deux interprétations. Le passage ne serait incompatible avec aucune de ces deux interprétations. Même dans les conditions où il a été pratiqué, sous forme d'autorisations individuelles, il a davantage le caractère d'une tolérance. Conçu comme droit, de nombreux traits d'un droit y feraient défaut.

En effet, le caractère fragmentaire et individuel des demandes d'autorisations pour chaque transport, soumises à la discrétion de l'autorité à laquelle ces demandes sont adressées, exclut *prima facie* la conclusion qu'il existe un droit général, et exclut également que par la répétition de ces autorisations il s'est formé un droit de passage. Le droit de refuser à toute ou à chaque occasion le passage est présumé dans la nécessité d'une demande.

Quoi qu'il en soit, c'est une situation identique qui a existé avant comme après 1930, une situation d'équivoque qui a donné naissance au différend de 1954, lorsque l'Inde a estimé que certaines circonstances politiques justifiaient pour elle le refus définitif de cette tolérance. La longue durée de cette tolérance n'a aucune portée sur le caractère de ce passage, puisque faute de reconnaissance expresse d'un droit pendant cette longue période, l'équivoque n'a jamais cessé.

Il importe peu qu'un différend ait ou non éclaté expressément au sujet de cette situation, l'antériorité ne se rattache qu'à la situation et non au différend. La déclaration ne dit pas « concernant des différends antérieurs » mais « des faits ou situations antérieurs ». Elle s'applique donc, même si ces faits ou situations n'ont jamais fait l'objet de contestations entre les Parties.

* * *

Toujours est-il que cette situation est antérieure à 1930, et, quelle que soit la valeur ou la validité des arguments que le Portugal peut invoquer en faveur de sa conception de ce passage comme droit, la seule vraisemblance de la conception de tolérance de l'Inde serait suffisante pour justifier l'exception *ratione temporis*.

Même s'il s'avérait à l'examen que la représentation que le Portugal se fait ou la construction juridique qu'il élabore de cette situation est correcte, cela ne changerait rien à l'antériorité de la situation qui, à elle seule et abstraction faite du fond de la question, suffit pour exclure le différend de la compétence de la Cour.

Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, il a suffi à la Cour 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 ratification de la déclaration française, pour se déclarer incompétente, sans avoir à examiner si ce dahir est ou non contraire aux engagements internationaux de la France.

En conséquence, à supposer même que le Portugal puisse réussir à établir qu'à la vérité il jouissait d'un droit, cette possibilité est complètement étrangère à la sixième Exception. Si la Cour avait rejeté cette exception, elle aurait donné à la déclaration indienne un effet rétroactif et aurait ainsi jugé une situation vieille de près de deux siècles.

* * *

Il est édifiant à ce sujet de rappeler ce que la Cour permanente a dit dans l'affaire des *Phosphates*, comme explication de la raison d'être de cette exception « *ratione temporis* » :

« Si les termes qui expriment la limitation *ratione temporis* sont clairs, l'intention qui les a dictés n'en apparaît pas moins bien établie: 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).

* * *

Les faits et situations visés par la sixième Exception ne se confondent pas avec les titres sur lesquels se base le demandeur, et l'argument que les principes généraux du droit et la coutume générale seraient au-dessus et en dehors des dates n'a aucune pertinence en l'espèce.

Ces principes et coutume ne constituent pas une situation. Ils en seraient la justification. Or ce qui importe dans cette exception, c'est l'antériorité et non la légalité. Le fait ou situation, générateur du différend, a un rapport de causalité avec ce dernier. Les titres n'en ont pas et ne peuvent en avoir.

* * *

La Cour a décidé de joindre cette exception au fond. Cette jonction est justifiée tantôt par les liens qui existeraient entre les faits y relatifs et ceux de la cinquième Exception, et tantôt par la nécessité de clarifier les origines du différend.

Mais, d'une part, cette exception est distincte et indépendante de la cinquième, et les faits qui en constituent les éléments n'ont rien de commun avec ceux de la cinquième.

D'autre part, il ne s'agit, pour retenir cette exception, que de constater le rapport entre le différend actuel et une situation antérieure qui y aurait donné naissance. Or les éléments de ce rapport existent dans la documentation actuelle et ont été suffisamment discutés par les Parties. Point n'est besoin, pour arriver à une conclusion au sujet de ce rapport, d'accumuler des faits ou de découvrir des faits nouveaux.

Pour toutes ces considérations, je conclus que le fait générateur du différend est la situation ambiguë et équivoque, résultant d'un système d'autorisations individuelles qui dépendent de la discrétion de l'autorité qui les accorde, et entendue de manière différente par les deux Parties. Cette situation a été déterminée ou influencée par des considérations politiques. Le différend est né lorsque, par suite d'une conjoncture politique différente, l'Inde a décidé de refuser de continuer ces autorisations.

Cette situation ayant existé depuis le commencement du siècle dernier, l'exception serait justifiée et la Cour incompétente de connaître du différend.

(Signé) A. BADAWI.