

DISSENTING OPINION OF JUDGE CHAGLA

In my opinion the fifth and sixth objections of India should prevail and the Court should hold that it has no jurisdiction to entertain Portugal's Application.

Fifth Objection

With regard to the fifth objection in my opinion it is now only of academic importance, and I have nothing to add to what I have already stated in my dissenting opinion on the Preliminary Objections.

Sixth Objection

I have very little to add to what I said in my dissenting opinion on the Preliminary Objections. I can sum up the objection in one sentence. The real dispute is with regard to the obligation of India, not with regard to her violation of that obligation; and the source of that dispute is the conflicting views taken by India and Portugal as to the true legal effect of the events from 1779 onwards. Thus put, it is clear that the situations and facts for the purpose of this objection took place prior to 1930.

Further the Court has no jurisdiction to adjudicate upon facts and situations which arose prior to the relevant date. Three aspects of the matter may be considered. Parties may not be at divergence with regard to these facts and situations, in which case no adjudication is called for as in the case of the *Electricity case* where there was no dispute as to the Awards of the Tribunal. The second aspect is where the facts and situations may be only part of *res gestae* and may not have any causal connection with the dispute. In this case also adjudication in the strict sense is not called for. But the third case is the case we have here. If there is a causal connection between the facts and situations and the dispute or the facts and situations are the source of the dispute, then the Court would be adjudicating upon something which the State submitting to the jurisdiction of the Court has expressly excluded from the Declaration accepting the jurisdiction of the Court. This was the case in the *Morocco Phosphates case* where the *dahir* of 1921 was outside the relevant period.

The object of this reservation *ratione temporis* is clearly to keep ancient disputes outside the jurisdiction of the Court. In this case the Court is being called upon to adjudicate upon the divergent view of the Parties with regard to situations and facts which go back 200 years. Let us take a practical view of the matter. India is fortunately in a position to produce a vast volume of documentary

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

evidence to resist Portugal's claim and to demonstrate its hollowness. But India would have been seriously prejudiced if the evidence had not been preserved or had been destroyed. When India made her Declaration in 1940 she definitely did not intend that matters and situations which arose before 1930 and went back 200 years would come before the International Court and she would be called upon to explain and give an account with regard to them.

This is precisely the reason why the Court in the *Phosphates in Morocco case* observed: "to preclude the possibility of the submission to the Court by means of an application of situations or facts dating from a period when the State whose action was impugned was not in a position to foresee the legal proceedings to which these facts and situations might give rise".

Portugal has sought to draw a distinction between source of right and source of dispute—and she says that facts and situations prior to 1930 deal with the source of Portugal's right. There is a clear fallacy in this argument. If there is a divergence or difference between the Parties as to the very sources of the right claimed, then it is clear that this divergence or difference constitutes the source of the dispute which is before the Court. In the *Electricity case* the source of the right was the Awards of the Mixed Tribunal. There was no difference or divergence between the parties with regard to these Awards. It is precisely because of this that the Court held that the date of the Awards was irrelevant for the purpose of considering the *ratione temporis* limitation.

It is incorrect to suggest, as suggested by Portugal, that for the purpose of the *ratione temporis* limitation the only factor that is legitimate to consider is the unlawful acts of India about which Portugal complains. These alleged unlawful acts are only the incidents which brought the matter to a head and forced Portugal to come to this Court. They can have no bearing on the controversy between the Parties. And if the controversy goes back further than 1930, then the jurisdiction of the Court is clearly excluded.

Portugal urges that the dispute is about the right of passage and its violation. That is strictly not correct. The substantial dispute is about the right of passage. The question of violation is only ancillary to the question of right. If there is no right, there can be no violation. Violation merely constitutes the accrual of the cause of action which entitled Portugal to come to Court.

Counsel for Portugal gave the instance of a debt and the failure to pay the debt. In my opinion, if the debt was contracted before the relevant date and the Court has to pronounce upon its validity, then clearly the Court would have no jurisdiction by reason of *ratione temporis*. If the debt was not disputed, then the position would be different.

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.

It is contended by Portugal that such a wide construction of the *ratione temporis* reservation would deprive the Court of jurisdiction in most cases, because under international law most legal titles arise before 1930, the date selected by most countries accepting the compulsory jurisdiction of the Court. The fallacy underlying this contention is that in most cases, legal titles are not disputed, as—to refer once more to the *Electricity case*—the Awards of the Mixed Tribunal were not disputed.

It is unnecessary for me to point out the innumerable instances prior to 1930 where Portuguese access to the enclaves gave rise to divergence of opinion and even to actual disputes. Let me only quote from a letter of the Governor of Goa dated 12 September 1859 (p. 175, Indian Annex to Counter-Memorial): “The ever-mooting disputes which have for so long troubled the British and Portuguese Governments.”

On the merits, in my opinion, India has substantially won. Although I take the view that Portugal has no right of passage whatever, inasmuch as the Court has found in favour of Portugal a very limited right confined to private persons, goods and civil officials, and inasmuch as India herself has stated that she has no objection to the passage of private persons and goods, and the right regarding civil officials is of little consequence and is also subject to the regulatory power of the Government of India, I think that the Judgment of the Court in the main vindicates the attitude taken up by India in the controversy between herself and Portugal over the question of the right of passage.

I should like briefly to state the reasons why I have come to the conclusion that Portugal has failed to establish that she has any right of passage as claimed by her.

The claim put forward by Portugal in this case is an extraordinary and unprecedented one. She claims a right of transit from Daman to her enclaves in Dadra and Nagar-Aveli through Indian territory. She concedes that her right is without immunities—direct or indirect. She admits the complete and absolute sovereignty of India over the territory over which she claims a right of transit. Her case is that the right she claims does not lead to the dismemberment of India's sovereignty but only the acceptance by India of certain obligations towards Portugal in the exercise of her sovereignty. Portugal has refused to define the extent or the content of this right. The purpose of this right, according to her, is to make it possible to exercise her sovereignty in the enclaves and for that purpose to maintain a liaison between Daman and the enclaves. She is unable to tell the Court what the conditions or modalities of this right should be—this, according to her, is for India to lay down, so long as these do not conflict with her fundamental right to maintain a

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

liaison between Daman and the enclaves. The right she claims is like a geometrical line between two points without any breadth.

It will be noticed that the subtle distinction drawn by Portugal between dismemberment of sovereignty and limitation in the exercise of sovereignty is difficult to substantiate. To the extent that India is sovereign she must have complete, absolute and unrestricted right to regulate the passage of goods, men and traffic—and regulation must include complete prohibition. To the extent that Portugal claims that India cannot prohibit her passage to the enclaves it must inevitably mean the dismemberment of her sovereignty—it must involve a restraint and limitation of her sovereignty.

It is also difficult to understand how any right of transit can be without any immunities whatever. This concession makes the right even more unsubstantial than it already is. Portugal says that she has no right to object to the manner in which India can regulate this right. She can impose customs duties. She can prohibit the entry of certain types of goods, she can insist on prior authorization before arms or armed men can enter or leave the enclaves. These are all immunities which are under the sole competence of India—but she cannot completely cut off Portugal's communications with her enclaves. When one analyses the situation, in the ultimate analysis, Portugal is in fact claiming a right of transit with immunities. She is claiming certain immunities which India cannot change or abolish. India can prohibit this or that, she can regulate this or that, but she cannot prohibit or regulate something else. What else can this be except a claim of a right of transit with immunities, however limited or restricted they may be? It is merely a futile exercise in dialectics to say that Portugal does not wish to interfere with India's right to regulate the right of transit so long as India does not make the exercise of that right impossible.

There is one further difficulty about the right which Portugal claims. In order that the Court should award her that right, the Court must be in a position clearly to define it—so that it would be capable of being enforced on the one hand and of being complied with on the other. But the right claimed by Portugal is a vague, shadowy, unsubstantial and indefinite right—whose content and modalities would change from time to time and whose enforceability would depend upon circumstances as they change from day to day. India would determine to what extent the right should be allowed and even in certain eventualities to suspend it altogether. It would then be for Portugal to complain of an unlawful act on the part of India and bring the matter before the Court. So we have a grim

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

prospect of unending litigations in this Court. May I be permitted to quote a passage from Judge Lauterpacht's latest book, which very succinctly and very appropriately describes what I have just been saying:

"It is in accordance with the true function of the Court that the dispute submitted to it should be determined by its own decision and not by the contingent operation of an attitude of accommodation on the part of the disputants."

One thing is clear—if Portugal gets from this Court what she is asking, the dispute between India and Portugal will not be determined by its own decision. The Court will only be sowing seeds for future disputes and discords.

The Court has consistently emphasized the necessity of finally settling a dispute (see the case of *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* and also the *Corfu Channel* case).

The right claimed by Portugal lacks precision for another reason. You have to reconcile it between the needs of Portugal to exercise sovereignty and the regulating power of India to control and regulate it.

Needs of Portugal is an entirely subjective concept and it is impossible for the Court to declare a right which can be exercised, not according to any criterion laid down by the Court, but according to the subjective determination of Portugal, which determination may vary from time to time and according to varying circumstances.

On the question of local custom it is undoubtedly true that throughout the material period there was in fact transit between Daman and the enclaves—there was a constant and almost continuous traffic of goods and men. If the establishment of a local custom depends merely on a piling up of a large number of instances, then undoubtedly local custom can be said to be established in this case. But local custom under international law requires much more than that. It is not enough to have its external manifestation proved; it is equally important that its mental or psychological element must be established. It is this all-important element that distinguishes mere practice or usage from custom. In doing something or in forbearing from doing something, the parties must feel that they are doing or forbearing out of a sense of obligation. They must look upon it as something which has the same force as law. If I might put it that way, there must be an overriding feeling of compulsion—not physical but legal. That is what the jurisprudence on the subject calls the conviction of necessity. I do not wish to go into the subtleties of this jurisprudence. But the language of the Statute of the Court is clear and binding upon the Court. Article 38 (1) (b) lays down one of the sources of international law which the Court shall apply in deciding disputes before it. It says: international custom, as evidence of a general practice accepted as law.

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

Now, from 1818 right down to 1954, there is not a single instance on record where Portugal has claimed the transit or passage as a right, or where Britain or India has admitted an obligation on their part to grant it. When one goes through the details—set out in such wealth in the pleadings—it is a case of permission or authorization granted by the Indian authorities, of permission or authorization modified or even permission or authorization revoked and even transit of certain types of goods and certain kinds of personnel completely prohibited.

The record contains several instances of complete prohibition of certain kinds of goods, and also of goods being made subject to the payment of customs duty. See, for instance, the prohibition of salt from Daman, the prohibition in British India of country liquor and other articles connected with its manufacture from any Portuguese territory, and the complete prohibition of all imports by land into Daman during the war years of 1939-1945.

The Barcelona Conference is important for the fact that, under Article 14 of the Convention, it was implicit that separate and special provisions with regard to enclaves, including the enclaves we are considering in this case, were to be made by the countries concerned. There was no suggestion at this Conference, by Portugal, that she had any right of transit. The question was to be regulated, not on the basis of any right but on the basis of an agreement to be arrived at between Portugal and India.

It may be that Portugal realized the necessity of maintaining a liaison with her enclaves. But Portugal's necessity does not constitute the conviction of necessity required for a local custom to which effect can be given. There must be an equally clear realization on the other side of an obligation to respect this necessity. And we seek in vain to find any such realization in the whole of the record, from 1818 till 1954, when both the enclaves were lost to Portugal. Concessions were made from time to time, both by the British and Indian Governments, but they were on the basis of either reciprocity or good-neighbourliness; but never on the basis of accepting a past practice as having the force of law. The record clearly shows that it was British interests, not a sense of obligation to the Portuguese, that guided Indian officials. They were prepared to help the Portuguese but only if it was convenient to do so. When they did so they were granting a request, not respecting a right.

At best and at the highest, Portugal has only established a series of revocable acts of courtesy and accommodation on the part of the British authorities.

The basis of the passage, as stated by Portugal herself, was the rule of good neighbourhood and international co-operation—moral

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 —

principles which lack a legal content (see the Portuguese Note to Government of India of 11/2/54—Annex 40 to the Portuguese Memorial).

In my opinion, therefore, Portugal has failed to establish any local custom even with regard to a limited right of passage. In the result, she is not entitled to any relief and her Application should be dismissed.

(Signed) M. C. CHAGLA.

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.