

OPINION INDIVIDUELLE DE M. V. K. WELLINGTON KOO

[Traduction]

Je me rallie à l'arrêt de la Cour en tant qu'il reconnaît au Portugal, entre Damao et les enclaves et entre ces enclaves elles-mêmes, un droit de passage sanctionné par la coutume locale pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, mais je regrette de ne pouvoir me rallier à l'exclusion hors du contenu de ce droit de passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions portugaises. Il est admis que ce droit n'est pas absolu, puisque le Portugal ne le réclame que dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde. Ainsi limité, le droit de passage s'applique à mon avis à toutes les six catégories.

I

1. Bien que le Gouvernement de l'Inde britannique n'ait jamais expressément reconnu le passage en tant que droit pour aucune des catégories, ce passage a toujours été accordé en fait. En règle générale, après l'entrée en vigueur du traité de commerce et d'exportation du 26 décembre 1878 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, les autorités britanniques ont exigé une autorisation préalable pour chaque cas de passage de la police armée, des unités militaires et des armes et munitions, mais en fait la pratique d'autoriser ce passage a été plus uniforme et constante que dans le cas des marchandises privées. Tout au long des cent trente ans de gouvernement britannique en Inde, je n'ai pas connaissance, dans le dossier soumis à la Cour, d'un seul exemple de demande portugaise visant le passage entre Damao et les enclaves de police armée, de militaires, d'unités militaires ou d'armes et munitions qui ait essuyé un refus. Pour les marchandises ordinaires au contraire, les Britanniques ont prohibé à diverses époques le transit de certaines marchandises comme le riz, le sel, l'alcool, les spiritueux et les produits nécessaires à la distillation de l'alcool et des spiritueux; on constate même pendant la dernière guerre une prohibition totale du transit de toutes les marchandises.

2. Un rapide examen des faits éclaircira ce point.

Au cours des soixante premières années de la période britannique aucune demande d'autorisation pour permettre aux soldats ou à la police armée du Portugal ou de la Grande-Bretagne de pénétrer sur le territoire de l'autre pays n'était exigée. Une pratique concernant ce passage s'était établie sur la base de la réciprocité, ce qui explique probablement la rareté des documents se rapportant à la question du passage (duplicque, vol. I, p. 181).

Mais il semble que, pendant cette période, toutes les fois que le passage du personnel militaire armé était nécessaire, il était autorisé.

Un incident survenu en 1859 est révélateur. Comme deux cipayes escortaient un juge portugais de Damao à Bassein, la police britannique leur retira leurs baïonnettes. Le gouverneur général de Goa protesta auprès du gouverneur de Bombay le 16 mai 1859, déclarant que les deux militaires étaient munis des laissez-passer nécessaires portant le sceau du Gouvernement, que les soldats anglais porteurs d'armes étaient autorisés à passer sur les territoires de Damao et de Goa sans être molestés et ajoutant « on ne doit pas s'attendre à ce que les soldats portugais soient empêchés d'agir de même dans les territoires britanniques, étant donné notamment qu'en outre, à propos de Damao, plusieurs villages portugais reliés à cette ville sont situés dans les limites du territoire britannique » (contre-mémoire, annexe C n° 39). Le gouverneur de Bombay répondit : « les armes des deux soldats portugais ont été retenues par une inadvertance que mon Gouvernement regrette et qui, je l'espère, ne se reproduira pas » (*ibid.*, p. 195).

3. Sur cette question des troupes, le troisième alinéa de l'article XVIII du traité de commerce et d'extradition du 26 décembre 1878 disait :

« La force armée de l'une des Hautes Parties contractantes n'entrera pas dans les possessions indiennes de l'autre, excepté dans les cas spécifiés par des traités antérieurs, ou pour se prêter un mutuel secours comme cela est prévu dans le présent traité, ou lorsqu'une demande formelle en aura été faite par la partie qui désirera cette entrée de l'autre. »

Cette disposition exigeant une demande d'autorisation formelle pour les envois de troupes de l'une des Hautes Parties contractantes sur le territoire de l'autre avait été proposée par le plénipotentiaire portugais et n'avait été insérée dans le traité sur son insistance que, comme l'expose le rapport du plénipotentiaire britannique à son secrétaire d'État aux Affaires étrangères, parce que « de son insertion ou de sa non-insertion pouvaient dépendre entièrement les chances qu'avait le Gouvernement (portugais) de faire adopter le traité par les Cortès ». L'explication donnée par le représentant du Portugal était que cette disposition permettrait au Gouvernement portugais de faire face à la « forte opposition de la part du public » à l'« union douanière » et à « la fusion économique des colonies portugaises avec le système de l'Empire britannique des Indes » prévues dans le traité (duplicque, vol. II, annexe 54).

4. Cette nouvelle pratique continua à être observée après l'expiration du traité survenue en 1892, l'autorisation étant toujours accordée sur demande. C'est ainsi par exemple que furent satisfaites sans difficulté une demande du 13 janvier 1915 pour le passage de onze soldats de Damao à Nagar-Aveli (contre-mémoire, annexe E. n° 25) et une autre du 22 mars 1915 pour le passage d'un soldat de Goa à Nagar-Aveli (*ibid.*, annexe n° 26). Au cours de l'année 1915, le Gouvernement de Bombay reçut soixante-dix-neuf demandes d'autorisation pour le passage de soldats portugais sur le territoire

britannique. Soixante-dix-neuf demandes analogues furent présentées entre le 29 décembre 1916 et le 25 août 1917. L'autorisation ne fut apparemment jamais refusée.

5. Antérieurement, deux cas de passage de soldats portugais sur territoire britannique, s'ils sont sans rapport direct avec le transit entre Damao et les enclaves, n'en revêtent pas moins une importance particulière quant à la question d'une coutume locale en matière de passage dans la péninsule indienne. Le 26 novembre 1901, le consul général du Portugal a demandé au gouverneur général de l'Inde l'autorisation de faire passer par voie de terre de Damao à Goa via Bombay un détachement de vingt soldats en le priant de donner d'« urgence » les ordres nécessaires à ce passage. L'autorisation a été donnée deux jours plus tard dans une réponse du 28 novembre 1901 et confirmée le 30 novembre, par une lettre demandant en outre :

« ... à l'avenir de bien vouloir indiquer la date du transport proposé de ces détachements et de l'annoncer assez tôt pour laisser le temps d'obtenir les ordres du Gouvernement et de donner des instructions aux autorités locales » (contre-mémoire, annexe C. n° 51).

De même en 1912, lorsqu'une rébellion a éclaté contre le Gouvernement portugais à Goa, une autorisation a été demandée le 5 août 1912 au Gouvernement de Bombay et elle a été accordée le lendemain par le Gouvernement de l'Inde qui a déclaré qu'il ne s'opposait « nullement à la proposition de faire passer un officier et soixante hommes sur dix kilomètres de territoire britannique ... à titre spécial ». Ce détachement n'a pas fait le mouvement prévu. Mais en octobre de la même année le Gouvernement portugais de Goa a sollicité à nouveau l'autorisation de faire passer soixante hommes sous les ordres d'un officier sur environ cinquante kilomètres jusqu'à la frontière portugaise. La réponse du Gouvernement de l'Inde a été une fois de plus affirmative : « Son Exc. estime que nous ne devrions pas accorder le transport en train, mais qu'autrement il n'y a pas d'objection. » Le passage du détachement en question a bien eu lieu les 15 et 16 novembre de cette même année (contre-mémoire, annexe C. n° 52).

6. Le passage de la police armée était prévu au deuxième alinéa de l'article XVIII du même traité de 1878, qui dispose :

« Les autorités fiscales, judiciaires et de police des possessions indiennes des Hautes Parties contractantes coopéreront cordialement pour maintenir, dans les lignes de trafic commun et ailleurs, la parfaite sécurité des personnes et des propriétés; et, dans la poursuite de criminels et de personnes se livrant à la contrebande, lesdites autorités de l'une des Hautes Parties contractantes pourront traverser la frontière et entrer dans les États de l'autre Haute Partie contractante, pourvu que dans ces États elles agissent en conformité avec les lois locales et les stipulations du présent traité » (contre-mémoire, annexe n° 40).

Cette disposition visant le passage de la police armée et d'autres autorités se fondait évidemment sur la pratique déjà établie au cours des années ayant précédé la conclusion du traité de 1878. Le traité n'énonce pas expressément la nécessité de l'autorisation préalable et, comme on l'indiquera plus loin, celle-ci n'était pas toujours requise en pratique en vue du passage.

7. Quand le traité de 1878 prit fin en 1892, l'accord réciproque pour le passage de la police armée continua en pratique. Par un arrangement de 1913, les détachements de police portugaise armés étaient autorisés à « traverser le territoire britannique intermédiaire quand il leur est nécessaire de le faire pour se rendre d'une région de l'Inde portugaise à une autre, pourvu que les autorités locales en aient reçu notification préalable » (il ne s'agit pas d'autorisation préalable) (contre-mémoire, annexe C. n° 53). Par un accord de 1920 la police, armée ou non, de l'une des parties poursuivant effectivement un délinquant pouvait continuer la poursuite sur le territoire de l'autre sans être interrompue. L'accord disposait également qu'au-dessous d'un certain rang les policiers armés ne devaient pas pénétrer sur le territoire de l'autre partie sans consentement préalable. Cette restriction ne s'appliquait apparemment pas aux agents d'un rang plus élevé. Aux termes d'un accord de 1940, le passage des policiers portugais armés sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli) était libre à condition qu'il ne se fît pas en groupes de plus de dix personnes et que leur passage fût signalé aux autorités britanniques dans les vingt-quatre heures suivant ce passage. Pour les groupes de plus de dix agents circulant sur ladite route, il était nécessaire d'obtenir comme auparavant l'assentiment des autorités britanniques par voie de notification préalable.

8. Au sujet de l'autorisation exigée pour le passage des troupes et de la police armée portugaises sur le territoire britannique intermédiaire, il est utile de voir quelle était en fait la pratique. Lorsque le gouverneur général de l'Inde portugaise déclara dans une lettre du 22 décembre 1890 au gouverneur de Bombay: « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable », les autorités britanniques ordonnèrent une enquête et le *District Police Inspector* de la division de Bulsar rapporta le 28 février 1891 « qu'à plusieurs reprises les forces armées portugaises avaient traversé le territoire britannique sans autorisation », ajoutant « que la police britannique entraînait parfois en armes sur le territoire portugais sans que personne ne s'y opposât ». Il recommandait le maintien de cet état de choses. Le *Commander of the Northern District* et le *District Magistrate* de Surat estimaient également que cette entente réciproque devait être maintenue. En conséquence, le secrétaire du Gouvernement de Bombay, après avoir déclaré dans sa réponse au gouverneur général de l'Inde portugaise que l'enquête avait révélé plusieurs cas de troupes (portugaises) escortant un envoi de fonds de Damao à la station de chemin de fer, transférant un prisonnier de Damao à Vapi, se ren-

dant de Damao à Dadra et retour par des villages britanniques, ou encore d'Ambli à Dadra, sans présenter de demande ni de notification aux autorités locales, et après avoir observé « il n'est pas douteux que ces cas n'ont pas été portés à la connaissance de S. Exc. le gouverneur général, et selon la règle qu'il a fixée il semble que de tels passages auraient dû être signalés au *District Magistrate* de Surat », concluait en ces termes :

« En même temps je suis chargé de faire observer que ce Gouvernement n'a aucune raison de supposer que les détachements ou les personnes qui ont traversé en armes ces portions du territoire britannique ne se soient pas conduits avec une absolue correction, et le gouverneur en conseil a donné l'ordre de ne pas entraver leurs déplacements sans motif particulier. Si de tels mouvements ou transferts peuvent être prévus à l'avance, il ne fait aucun doute que les autorités locales portugaises éviteront de s'exposer à des retards ou d'avoir à engager une nouvelle correspondance en se conformant à la règle dont fait état la lettre de S. Exc. aux termes de laquelle « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable ». Mais, comme je l'ai déjà indiqué, le *District Magistrate* de Surat a été informé que ce Gouvernement ne veut pas qu'il soit apporté la moindre entrave dans les circonstances dont il est fait état. » (Duplique, vol. II, pp. 223-224.)

9. Il est donc évident que, pour le passage de troupes portugaises sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli), la demande d'autorisation préalable n'était pas toujours exigée dans la pratique, non-obstant les dispositions contraires de l'article XVIII du traité de 1878.

10. Pour la question du passage de la police armée portugaise, on a fait état plus haut de l'accord de 1940. L'origine de cet accord et les négociations qui ont abouti à sa conclusion paraissent également révélatrices lorsqu'il s'agit de démontrer la pratique qui a prévalu et les considérations qui ont conduit à l'adopter. A la suite d'un incident relatif à l'arrestation, en avril 1940, d'un missionnaire allemand en territoire britannique par un détachement britannique composé de trois hommes non armés et de quatre hommes armés, dans un autocar allant de Silvassa (Nagar-Aveli) à Damao, le Gouvernement de l'Inde portugaise a suggéré :

« la possibilité de conclure avec le Gouvernement de Bombay un accord en vertu duquel, sur cette route et seulement sur cette route, à raison de son caractère particulier, il serait permis à des forces de police armée des deux Gouvernements de circuler librement, indépendamment de toute autorisation préalable ». (Contre-mémoire, vol. II, pp. 322-323.)

Avant de se prononcer sur cette proposition et de répondre au Gouvernement de l'Inde portugaise, le Gouvernement de Bombay a consulté les diverses autorités britanniques intéressées. On a d'abord formulé le point de vue suivant :

« Compte tenu des motifs invoqués par le Gouvernement de l'Inde portugaise, il ne semble pas qu'il y ait à première vue d'objection à accepter l'accord qu'a proposé le Gouvernement de l'Inde portugaise. »

D'aucuns ont cependant jugé :

« souhaitable d'imposer un certain contrôle ou une certaine réglementation aux mouvements de la police armée. Le G. R., P. D. n° 4540 en date du 30.7.1913 (exigeant la notification préalable du passage) en fournit le moyen. Il ne s'agit pas seulement d'un simple détail d'ordre administratif. Si l'on doit accorder une autorisation de caractère général, il peut y avoir lieu de l'assortir de certaines restrictions, relatives par exemple au nombre, à l'objet, etc. »

Le *Political and Services Department* du Gouvernement de Bombay a par la suite recommandé l'acceptation de cette proposition,

« étant entendu que les effectifs de la police armée du Gouvernement portugais ou du Gouvernement britannique autorisés à traverser le tronçon britannique ou le tronçon portugais de la route de Damao à Silvassa respectivement seront limités aux besoins réels dans chaque cas, et que notification du passage des forces de police armée dans les territoires du Gouvernement portugais ou du Gouvernement britannique sera donnée aux autorités locales par le Gouvernement britannique ou le Gouvernement portugais respectivement dès que possible après l'exécution de ce déplacement ».

Selon d'autres avis, « cela ne répondrait pas à l'objectif poursuivi » et ce « scepticisme » était partagé d'autre part car, « sans une réglementation et un contrôle qui soient assez faciles à exercer, cette procédure est pleine de risques ». D'où la formule libellée en termes précis finalement suggérée par le *Commissioner of the Northern District*, qui a été incorporée dans l'accord de 1940.

11. L'examen des faits auxquels l'on vient de procéder montre donc clairement que, pendant les soixante premières années de la période britannique, la pratique qui a prévalu d'autoriser le passage des troupes et de la police armée d'un pays dans le territoire intermédiaire de l'autre était fondée sur le principe de la réciprocité et avait d'ores et déjà donné naissance à une coutume locale. Alors que les effectifs militaires se déplaçant dans ces conditions devaient détenir des laissez-passer délivrés par leur propre Gouvernement, il ne semble pas que cette exigence se soit appliquée à la police armée dans l'exercice de ses fonctions. En revanche, pour aucune de ces deux catégories il n'était nécessaire de solliciter une autorisation préalable de passage.

Même au cours de la période pendant laquelle le traité de 1878 a été en vigueur, bien que l'article XVIII dudit traité prévoit expressément la nécessité de demander formellement et d'obtenir une autorisation pour l'entrée des troupes de l'une des Hautes Parties contractantes dans le territoire de l'autre partie, les forces de police armée portugaises, en un certain nombre d'occasions, comme l'a

indiqué le Gouvernement de Bombay dans sa réponse à la lettre du gouverneur général de l'Inde portugaise en date du 22 décembre 1890, ont traversé le territoire britannique dans l'exercice de leurs fonctions sans en avoir demandé et obtenu l'autorisation préalable, notamment sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli). Plus significatif encore est le fait cité plus haut que les autorités britanniques ont déclaré préférer continuer à observer la pratique consistant à ne pas entraver ce passage en reconnaissant évidemment la nécessité pour eux-mêmes et cédant à des considérations de commodité personnelle sur la base de la réciprocité.

12. Aucun élément du dossier ne montre que cette pratique ait subi aucune modification importante après que le traité de 1878 eut pris fin. Les accords de 1913, 1920 et 1940, tandis que l'un d'entre eux réaffirmait la nécessité d'une autorisation préalable pour le passage des forces armées, ont formulé cette pratique coutumière avec davantage de précision pour le passage de la police armée portugaise sur le territoire britannique intermédiaire.

13. Au cours de la période post-britannique, jusqu'en 1954, il semble que l'Inde ait également respecté cette pratique.

14. Pour les armes et les munitions, etc., l'article 17 de l'*Act XXXI* de 1860 exigeait pour l'importation en territoire britannique une licence accordée soit par le gouverneur général de l'Inde en conseil soit par un fonctionnaire autorisé à cet effet par le gouverneur général en conseil. Cet *Act* a été remplacé par l'*Indian Arms Act* de 1878 (contre-mémoire, annexe C. n° 59). L'article 6 dispose que nul ne transportera par terre ou par mer à destination ou en provenance du territoire britannique des armes, des munitions ou des fournitures militaires s'il ne justifie d'une licence (sous certaines exceptions non pertinentes ici). L'article 10 habilite le gouverneur général en conseil à réglementer ou interdire le transport de toutes armes, munitions ou fournitures militaires. Les *Indian Arms Rules* de 1879 (*ibid.*, n° 60) fixent les dispositions relatives à la délivrance de licences pour l'importation et l'exportation des armes, des munitions et des fournitures militaires. En 1880, le gouverneur général en conseil y a ajouté la règle 7 A (*ibid.*, n° 60). Cette règle dispose à l'alinéa a) que rien dans les *Rules* ne sera considéré comme autorisant l'octroi de licences en vue d'importer des armes, munitions ou fournitures militaires provenant de l'Inde portugaise; à l'alinéa b), que rien dans les *Rules* ne sera considéré comme autorisant l'octroi de licences en vue d'exporter à destination de l'Inde portugaise des armes, munitions ou fournitures militaires, à moins qu'elles ne soient exportées pour l'usage exclusif du Gouvernement de l'Inde portugaise ou qu'elles ne fassent l'objet d'une licence spéciale d'importation délivrée par le Gouvernement de l'Inde portugaise. La règle 7 A b) était conforme au quatrième alinéa de l'article XVIII du traité de 1878, qui disposait :

« L'exportation d'armes, de munitions ou fournitures militaires des possessions de l'une des Hautes Parties contractantes dans

celles de l'autre ne sera point permise, excepté avec le consentement de cette dernière et sous les règlements approuvés par elle. Les Gouvernements de l'Inde britannique et de l'Inde portugaise s'uniront pour appliquer les règlements traités dans cet article. »

Bien que la règle 7 A b) ait été abrogée en 1895 après que le traité de 1878 fut venu à son terme, la règle 7 A a) est demeurée en vigueur et a été maintenue dans les nouvelles *Rules* promulguées en 1909 ainsi que dans leurs remises en vigueur successives (*ibid.*, n° 66).

15. Mais le point intéressant à noter est que cette règle 7 A a) se bornait à imposer que les demandes soient adressées non pas au Gouvernement de Bombay, qui ne pouvait accorder de licences que pour l'exportation d'armes et de munitions, mais, comme le disposait l'*Act XXXI* de 1860 susmentionné, au Gouvernement de l'Inde qui seul pouvait autoriser l'importation d'armes et de munitions en provenance de l'Inde portugaise. Ainsi, lorsque les demandes d'autorisation de transporter des armes et des munitions, qu'il s'agit d'un transit de Damao à Nagar-Aveli ou de Goa à Nagar-Aveli ou de Nagar-Aveli à Goa, étaient ainsi adressées, les autorisations demandées étaient toujours accordées par le Gouvernement de l'Inde, quels que fussent les articles: fusils ou cartouchières, « certains types de fusils et de cartouches ». Des demandes de ce genre ont été satisfaites le 28 novembre 1898, puis à nouveau le 28 janvier 1915 et le 1^{er} octobre 1917 (contre-mémoire, annexe C. nos 64 et 65). Les demandes de libre transit faites le 11 janvier 1939 pour trois mousquets envoyés de Nagar-Aveli à Damao et trois autres envoyés de Damao à Nagar-Aveli (contre-mémoire, annexe E. n° 40), le 24 mars 1939 pour huit mousquets avec quatre cents cartouches et un revolver avec cinquante cartouches (*ibid.*, annexe n° 41) et le 17 avril 1940 pour le passage de cinquante-deux mille cartouches envoyées de Damao à Nagar-Aveli (*ibid.*, n° 42) ont été également satisfaites.

16. La conclusion à tirer de la pratique des autorités britanniques à l'égard des armes et munitions portugaises est la suivante: si leur importation en territoire britannique était nominalement soumise aux strictes dispositions des *Arms Act* et *Arms Rules* quant à leur application générale, des dispenses spéciales étaient toujours accordées par le Gouvernement de l'Inde, seul compétent pour les autoriser. Pratique à la fois naturelle et compréhensible, car le passage des armes et munitions, comme celui des troupes, revêtait plus d'importance pour le souverain territorial du point de vue de la sécurité que le passage des marchandises et des fonctionnaires civils et, par conséquent, nécessitait un contrôle plus effectif. Mais lorsqu'elle se présentait pour le Portugal, la nécessité de disposer de troupes, d'armes et de munitions était à son tour plus impérieuse puisqu'il s'agissait d'assurer l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, et les autorités britanniques étaient pleinement conscientes évidemment de l'importance de ce facteur. Afin de prévenir toute

interprétation défectueuse des dispositions générales des *Arms Act* et *Arms Rules*, et notamment de la règle 7 A a), et d'obvier à toute controverse et à tout incident avec le Portugal qui risqueraient d'en découler, la délivrance des autorisations relatives au passage entre les possessions portugaises en Inde, y compris entre Damao et les enclaves, était contrôlée et réglementée directement par le Gouvernement de l'Inde et non par les autorités britanniques locales. Le fait qu'on ne relève au dossier aucun cas de refus de demande de passage sur territoire britannique entre Damao et les enclaves portugaises ou entre ces enclaves et toute autre partie des possessions portugaises dans la péninsule de l'Inde montre clairement, à mon avis, que les Britanniques reconnaissaient la situation particulière relative aux enclaves.

17. Le Gouvernement de l'Union indienne a respecté et continué à observer cette pratique jusqu'en 1954.

18. Ce qui vient d'être dit de la pratique britannique et indienne relative au règlement du passage des troupes, de la police armée, des armes et des munitions d'une possession portugaise à une autre à travers le territoire intermédiaire britannique et ultérieurement indien montre clairement que ce passage s'effectuait constamment et sans difficulté, tout comme dans le cas des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires. En fait, comme on l'a déjà souligné, la pratique consistant à autoriser le passage des armes et des munitions revêtait même un caractère encore plus uniforme et constant que dans le cas des marchandises ordinaires.

19. La nécessité de demander et d'obtenir l'autorisation des autorités britanniques pour le passage des troupes, des armes et des munitions à chaque occasion ne représentait, à mon avis, qu'une mesure plus stricte de contrôle et de réglementation et ne signifiait pas nécessairement que les Britanniques jugeaient pouvoir refuser cette autorisation à leur gré et ne considéraient pas le Portugal comme habilité à exercer le passage. Le degré de contrôle devait naturellement varier en fonction de la nature du passage demandé. La procédure relativement plus simple et moins formelle adoptée pour le passage de la police armée portugaise, en vertu des divers accords dont on a fait état plus haut, et permettant un « contrôle assez facile à exercer », pour reprendre les termes déjà cités des autorités britanniques, semble nettement confirmer ce point de vue.

En effet, pour les différentes catégories considérées, par exemple pour les fonctionnaires civils par opposition aux forces armées ou à la police armée et pour les marchandises ordinaires par opposition aux armes ou aux munitions, la différence caractérisant la procédure d'autorisation du passage entre Damao et les enclaves n'était qu'une question de degré dans la politique de contrôle et de réglementation appliquée et n'était pas destinée à établir une distinction entre ce que la coutume locale aurait justifié ou non. Le caractère uniforme et constant de la pratique consistant à accorder le passage pour les forces armées, la police armée, les armes et les munitions

était, en vérité, plus marqué que, par exemple, dans le cas des marchandises ordinaires, comme on l'a déjà vu précédemment. A mon sens, rien ne permet non plus de conclure que les autorités britanniques aient eu moins conscience d'une obligation de leur part, *opinio juris sive necessitatis*, pour ces trois catégories que pour le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils portugais et des marchandises ordinaires. A mon avis, il y a eu reconnaissance implicite par les autorités britanniques d'une coutume locale consistant à autoriser le passage entre Damao et les enclaves de chacune des six catégories considérées de personnes et de marchandises, sans qu'elles fassent l'objet d'aucune distinction d'ordre juridique, mais toutes étant soumises, le cas échéant, au contrôle et à la réglementation de l'État souverain du territoire intermédiaire.

20. Le droit de passage, tel qu'il est revendiqué et défini par le Portugal, présente un double caractère. Son contenu s'étend dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves, et son exercice est soumis en même temps au contrôle et à la réglementation de l'Inde pour autant que le passage a lieu sur le territoire indien intermédiaire. Ces deux éléments sont inhérents au principe de la souveraineté territoriale d'où découlent, d'une part, le droit de passage et, d'autre part, le pouvoir de contrôle et de réglementation. Ceci signifie qu'il existe pour l'une et l'autre Partie à côté d'un droit une obligation — celle pour l'Inde d'accorder le passage et pour le Portugal de respecter les règles de procédure relatives à la demande d'autorisation de passage et à l'octroi de cette autorisation. En d'autres termes, les droits et les obligations des deux Parties sont concomitants et corrélatifs. Mais ils sont conciliables en tenant compte de la manière dont le problème a été heureusement résolu dans le passé — pendant la longue période qui a précédé 1954; c'est-à-dire en se fondant sur la coutume locale qui s'est cristallisée à partir de la pratique constante et uniforme des autorités britanniques comme des autorités indiennes jusqu'à cette époque.

Il m'apparaît évident que, dans le passé, l'élément fondamental de la politique d'un État souverain en matière de contrôle et de réglementation d'un droit de passage sur un territoire intermédiaire a été la prise en considération, en toute bonne foi, de son intérêt national. Si un préjudice éventuel risquait d'être porté à cet intérêt, le droit de passage était restreint ou annulé, comme ce fut le cas pour certaines marchandises ordinaires. Mais lorsque le risque d'un tel préjudice semblait peu vraisemblable, l'autorisation de passage était aisément accordée, même s'il s'agissait de forces armées, de police armée et d'armes et de munitions, comme on l'a vu ci-dessus. Cet intérêt national a été le commun dénominateur de la politique de contrôle et de réglementation appliquée à toutes les catégories de passage, quelles qu'aient été les variations dans la procédure observée pour l'octroi de ces autorisations.

21. Si, comme il est incontestable, une coutume locale s'est créée à l'égard d'un droit de passage entre Damao et les enclaves touchant les personnes privées, les fonctionnaires civils portugais et les marchandises ordinaires, j'estime, me fondant sur la pratique constante du passé, qu'une coutume similaire s'était également établie quant au droit de passage touchant les forces armées, la police armée, les armes et munitions portugaises. Quelles qu'aient été les distinctions apportées par les autorités britanniques et indiennes dans l'octroi des autorisations de passage entre les enclaves, de même qu'entre les enclaves et Damao (Damao littoral) selon les diverses catégories, il s'agissait là d'une différence de degré dans l'application d'une politique commune de contrôle et de réglementation applicable à toutes les catégories de passage, plutôt que d'une différenciation raisonnée quant à l'étendue ou au contenu du droit de passage pour les diverses catégories.

22. Il convient également de noter qu'à l'origine le Portugal possédait un droit d'accès implicite aux villages qui lui avaient été assignés pour la perception du revenu annuel à lui consenti, et que ce droit englobait nécessairement l'accès des troupes, de la police armée et des armes et munitions portugaises sur le territoire mahratte intermédiaire, entré Damao et les villages. En fait l'article 11 des « Capitulations [de 1785] relatives aux conditions dans lesquelles le Portugal a reçu la pragona de Nagar-Aveli » (annexe 8 au mémoire) dit notamment :

« ... et ils étoufferont toute rébellion des Colys qui se produirait dans ladite Pragona ».

Il est vrai que cette disposition a le caractère d'une obligation imposée au Portugal. Mais pour être en mesure de remplir cette obligation il avait le droit, nécessairement sous-entendu, d'utiliser tous les moyens requis et raisonnables. En d'autres termes, il avait implicitement le droit d'amener dans les villages des troupes, de la police armée et des armes et munitions portugaises pour y étouffer la rébellion. Ce droit d'accès avait, sous les Mahrattes, une base aussi valide que le droit accordé aux fonctionnaires civils portugais et aux marchandises de caractère non-militaire destinées à leur usage. Bien qu'il n'ait pas souvent été invoqué par le Portugal au cours de la période mahratte, il a été plus fréquemment exercé après la chute de l'empire mahratte comme un attribut essentiel de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Tout comme le droit de passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires, il s'est également transformé, en fait, en un droit coutumier, comme il ressort de la pratique uniforme et constante évoquée ci-dessus.

II

23. Il existe d'ailleurs des raisons supplémentaires pour reconnaître un caractère plus étendu au droit de passage du Portugal.

Si le Portugal fonde sa présente revendication sur son titre de souveraineté, cette revendication se justifie aussi par le principe même de la souveraineté territoriale. On ne saurait raisonnablement douter de la validité de ce titre. S'il est vrai qu'aucun titre de ce genre n'a été acquis sous les Mahrattes et si, pendant les premières années de la souveraineté britannique l'attitude des autorités britanniques à ce sujet reste mal connue, il est devenu de plus en plus évident, avec le temps, que ces autorités reconnaissaient tacitement la souveraineté portugaise sur les enclaves. Les documents relatifs aux négociations entre les commissaires portugais et britanniques en vue de « l'échange d'une étroite bande de terrain qui réunirait la Pragana de Nagar-Aveli aux autres Praganas adjacentes au fort de Damao », même si ce projet ne s'est pas réalisé, viennent encore à l'appui de cette conclusion. Elle est également confirmée par le traité du 26 décembre 1878 conclu entre la Grande-Bretagne et le Portugal où il est dit dans le préambule que ces deux États sont « animés du désir ... d'améliorer et d'augmenter les relations commerciales entre leurs dominations respectives... ». Aucune exception ni exclusion n'a été stipulée au sujet des enclaves dans cette référence aux « dominations respectives »; et la reconnaissance par les autorités britanniques de la souveraineté portugaise sur les enclaves, ainsi que sur d'autres parties des possessions portugaises, doit également avoir été implicite. Rien, dans le dossier, n'indique une modification quelconque de l'attitude britannique après que le traité de 1891 eut cessé d'être en vigueur.

24. Lorsque l'Inde a succédé à la Grande-Bretagne et est devenue un État indépendant, rien n'indique dans la conduite de ses relations avec le Portugal qu'elle ait adopté une attitude différente touchant les possessions portugaises dans la péninsule indienne, en dépit de ses aspirations bien connues au « rétablissement de son unité géographique et historique ». Il est vrai que le conseil de l'Inde a demandé au cours de sa plaidoirie: « Quand — où — par la voix de qui l'Union indienne a-t-elle reconnu la souveraineté territoriale du Portugal? » Mais en droit international une telle reconnaissance n'a pas toujours besoin d'être expresse ou explicite. Elle n'exige pas toujours une déclaration publique; elle peut être tacite.

Dans tous ses rapports avec les autorités portugaises dans la péninsule indienne ou à Lisbonne, le Gouvernement de l'Union indienne, jusqu'aux événements de 1954, semble avoir toujours considéré les enclaves ainsi que les autres territoires de l'Inde portugaise comme appartenant au Portugal. En fait, dans l'aide-mémoire présenté par la légation de l'Inde à Lisbonne au ministre des Affaires étrangères du Portugal, en date du 27 février 1950, « pour demander l'ouverture immédiate de négociations portant sur l'avenir des colonies portugaises en Inde », cette demande est expressément présentée comme visant à « la réunion pacifique à la République indienne de ce qui est maintenant l'Inde portugaise ». (Mémoire,

annexe 29.) De même, dans une note du 14 janvier 1953 adressée par la légation de l'Inde au ministère des Affaires étrangères du Portugal, il est dit dans le dernier paragraphe :

« Le Gouvernement de l'Inde a proposé l'acceptation préalable du principe d'un transfert direct qui devrait être suivi d'un transfert de fait de l'administration... La souveraineté juridique du Portugal serait maintenue jusqu'à ce que les mesures jugées utiles soient prises pour rendre applicables les décisions intervenues. Le Gouvernement de l'Inde serait heureux que le Gouvernement du Portugal accepte ces propositions comme point de départ des négociations proposées. » (Mémoire, annexe 31.)

Il est donc hors de doute que jusqu'en 1953 l'Inde a continué à considérer tous les territoires portugais en Inde comme étant sous la *souveraineté juridique* du Portugal sans établir aucune exception au sujet des enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli.

25. Le droit international n'établissant aucune distinction entre une souveraineté et une autre, la souveraineté portugaise sur les enclaves est tout autant justifiée à exister que la souveraineté de l'État dont le territoire les entoure. Et le passage de forces armées, de police armée et d'armes et munitions est aussi indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise, sinon davantage, que le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires. Si même la situation d'une enclave revêt un caractère spécial, il est inconcevable en droit international que l'existence d'une souveraineté dépende de la volonté ou du caprice d'une autre souveraineté. Mais d'autre part, s'il est vrai que ce droit de passage impose à l'État qui possède le territoire où ce passage est effectué une obligation correspondante, ce droit ne saurait être absolu et sans restriction; par la nature des choses son exercice doit être soumis au contrôle et à la réglementation du souverain du territoire intermédiaire.

L'existence de deux droits contradictoires n'est pas toutefois, en droit international, un phénomène exceptionnel. Dans l'extrême complexité des rapports entre nations il est souvent impossible d'éviter qu'une situation de ce genre se crée. Mais le problème n'est pas insoluble non plus. Il exige seulement une adaptation et un accommodement. En se référant aux principes généraux de droit mentionnés à l'article 38, 1 c), du Statut ainsi qu'au droit coutumier et en les appliquant, on a réussi dans le passé à résoudre pareils problèmes.

26. En droit interne, comme il ressort d'une étude comparative du professeur Max Rheinstein, le droit d'accès aux domaines enclavés est toujours admis. Il est certain que la différence est considérable entre un droit de passage relatif à une enclave internationale et un autre qui porte sur un fonds enclavé appartenant à un particulier. Mais dans quelque moule que soit coulé le droit interne, dans quelque cadre technique qu'il soit fixé, qu'il s'agisse de se conformer à une tradition nationale ou que l'on préfère se fonder sur une fiction

juridique particulière, le principe sous-jacent à la reconnaissance de ce droit est essentiellement le même. C'est un principe de justice, fondé sur la raison.

27. En dernière analyse, le fait qu'en droit interne les fonds enclavés et en droit international les territoires enclavés ont toujours joui d'un droit de passage sur les fonds environnants appartenant à un autre propriétaire ou sur les territoires environnants appartenant à un autre État se fonde en vérité sur la raison en même temps que sur le principe élémentaire de la justice. Pour ces fonds ou ces territoires le transit est une nécessité, et il est raisonnable de prendre des dispositions pour y satisfaire tant en matière de droit interne qu'en matière de droit international coutumier. Comme l'a si bien dit le grand jurisconsulte néerlandais Cornelius van Bynkershoek, « en matière de droit des gens, la raison est souveraine... ». C'est la raison qui impose la reconnaissance d'une règle de droit international coutumier en application du principe de la justice. Seule l'existence de cette règle de droit coutumier peut expliquer qu'au cours des siècles, alors que bien des enclaves territoriales ont existé puis disparu dans le mouvement des relations internationales, aucune de ces disparitions n'a été imputable à un refus de passage qui aurait entraîné un étouffement ou un étranglement géographique. Le caractère raisonnable du fait d'accorder passage sur le territoire environnant justifie la constance et l'uniformité de cet usage devenu, avec le temps, un droit coutumier à l'égard des enclaves internationales, quelles que puissent être les restrictions ou les réserves qui y sont apportées selon le cas.

28. À première vue, le droit de passage du souverain d'une enclave et le droit qu'a le souverain du territoire environnant de préserver sa souveraineté territoriale peuvent sembler s'opposer mais, je l'ai dit, ils ne sont ni incompatibles, ni inconciliables. Si des enclaves existent et prospèrent aujourd'hui dans bien des régions du monde, c'est qu'en dépit des difficultés qui ont pu surgir de temps à autre entre territoires enclavés et territoires adjacents, ces difficultés ont toujours été heureusement aplanies par la bonne foi et la bonne volonté des deux parties. Les rapports entre ces deux situations territoriales ne sont pas sans ressembler à ceux des océans et des fleuves qui s'y déversent. Il arrive parfois que la nécessité d'exercer une souveraineté sur les enclaves soit plus pressante que le droit de l'État qui entoure l'enclave à conserver intacte sa souveraineté territoriale, et il arrive parfois que ce soit le contraire; de même, au moment des fontes printanières, les eaux gonflées du fleuve s'avancent profondément dans l'océan et, au temps de la marée, l'océan pousse ses vagues dans l'estuaire, sans pour autant que l'un menace l'existence de l'autre. Les flots coexistent et jouent chacun leur rôle. Nul conflit intrinsèque entre eux, non plus qu'entre le droit de passage de l'enclave d'un État et la souveraineté territoriale de l'État où s'insère l'enclave. Car le droit international coutumier n'offre pas moins de ressources que les lois de la géographie physique.

Pour toutes les raisons que je viens d'exposer, je tiens que le droit de passage du Portugal entre les enclaves comme entre les enclaves et Damao (Damao littoral) embrasse les six catégories sans exception, dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves et sous réserve du pouvoir de contrôle et de réglementation de l'Inde.

(Signé) WELLINGTON KOO.