

OPINION DISSIDENTE DE M. ARMAND-UGON

N'ayant, à mon regret, pu me rallier entièrement à la décision de la Cour sur le fond, je crois de mon devoir d'exposer les motifs de mon opinion dissidente.

* * *

Le Gouvernement du Portugal soutient, dans sa première conclusion finale, qu'il était titulaire d'un droit de passage entre Damao et les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli, en juillet 1954.

Ce droit, soutient le Portugal, constitue un droit de transit dont la destination n'est autre que celle d'assurer, de manière constante, les communications entre les enclaves elles-mêmes et entre celles-ci et Damao. C'est un transit entre deux portions du territoire portugais. Il s'agit d'un droit d'accès à un territoire portugais enclavé en territoire indien et non d'un droit d'accès à ce territoire. Un tel droit doit se régler dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli. La souveraineté sur le territoire à travers lequel les communications se réalisent appartient exclusivement à l'Inde et le Portugal ne le conteste point; le transit reste soumis à la souveraineté indienne et aucune immunité n'est réclamée; il appartient donc au Gouvernement indien de réglementer et de contrôler ce droit de transit sur son territoire. Cette réglementation et ce contrôle devront s'exercer de bonne foi et sous sa responsabilité, mais cette compétence réglementaire n'est pas discrétionnaire et ce Gouvernement ne saurait être autorisé à empêcher le transit nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

Cette première conclusion finale du Gouvernement du Portugal demande à la Cour de dire et juger :

« Que le droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damao, tel qu'il est défini ci-dessus, existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde. »

C'est sur cette base qu'il a été demandé à la Cour de se prononcer, laquelle doit être prise dans son ensemble, sans que les Parties, ni la Cour elle-même puissent introduire des modifications. Les mots « finalement conclure » dans le texte français de l'article 48 du Statut de la Cour indiquent clairement que de telles conclusions sont définitives et inaltérables et se distinguent des conclusions visées par les articles 42 et 43 du Règlement, lesquelles peuvent être modifiées, en leur qualité de conclusions préliminaires. Il est évident que « si [la Cour] peut interpréter les conclusions des Parties,

elle ne saurait se substituer à celles-ci pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués » (affaire relative à *certaines intérêts allemands*, Serie A, arrêt n° 7, pp. 34-35, 1927). Une conclusion finale ne peut être divisée en plusieurs conclusions séparées sur la base des éléments et des modalités de son contenu. La Cour « a le devoir de répondre aux demandes des Parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées ». (*C. I. J. Recueil 1950*, p. 402.) La Cour est appelée à se prononcer sur les conclusions finales des Parties, non à les réviser.

Ce que le Gouvernement portugais demande, c'est un droit qui lui est particulier. Le droit de passage ainsi réclamé est un tout. Il est toujours le même. C'est sur la constatation de ce droit qu'il est demandé une décision. La présente affaire est inscrite au rôle général sous le titre « Droit de passage sur territoire indien ».

Le conseil du Portugal a, notamment, soutenu: « Le droit, dans son essence, reste toujours égal à lui-même, en tant que droit de transit entre Damao et les enclaves, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté sur celles-ci. Ce qui varie c'est sa réglementation, car elle présente des aspects différents au cours des temps. Mais, au milieu de toutes ces transformations extrinsèques, qui n'atteignent pas la substance du droit, celui-ci demeure intact. » (Procédure orale, vol. II, p. 67.)

La Cour est sollicitée de rendre un arrêt déclaratoire sur l'existence du droit de passage; une telle demande est envisagée par la lettre *b*) de l'article 36 du Statut de la Cour.

Ce n'est pas sur la décomposition et le démembrement du contenu et des éléments de ce droit qu'on doit statuer. Les conditions d'exécution du droit de passage sont de la compétence du Gouvernement indien et aucune conclusion des Parties ne les vise. Il ne faut pas confondre les formes d'exercice du droit de passage avec le droit en soi. Un prononcé sur le droit de passage ne peut se placer au point de vue des modalités et conditions d'application sans s'éloigner du contenu précis des conclusions finales des Parties. Le Gouvernement portugais demande à la Cour de statuer sur « un droit de passage » et le Gouvernement indien prie la Cour de déclarer cette « demande non fondée »; les demandes des Parties sont bien claires. La Cour n'est pas priée de statuer sur les modalités d'exécution du droit de passage, chose qui ne lui a pas été demandée.

Ce droit, le Gouvernement portugais prétend le tirer des clauses conventionnelles du traité de 1779 ainsi que de la coutume générale et locale et de certains principes du droit international.

Le fait que le Portugal demande un tel droit pour son accès aux enclaves oblige à rechercher la base juridique de cette prétention. La route pour se rendre aux enclaves depuis Damao s'étend en

territoire indien et le droit revendiqué par le Portugal limiterait sur cette partie les droits de l'Inde. La consécration judiciaire d'un droit de cette nature doit avoir un fondement solide.

Le passage qui nous occupe a été pratiqué pendant les périodes mahratte, britannique et indienne. Ces périodes constituent la période normale de son exercice; une période anormale commence après les événements de juillet 1954 quand fut opéré le blocus des enclaves par le Gouvernement indien.

* * *

La Partie demanderesse pose l'origine de son droit de passage à l'époque de la cession au Portugal des villages de Nagar-Aveli et de Dadra par le Gouvernement mahratte. Une telle cession serait née du traité de 1779, des accords de 1783 et 1785 et des *sanads* (ordonnances) postérieurs. Un long débat des Parties trouve ici sa place sur l'existence de ce traité et sur le contenu de son article 17.

Il est indéniable que tant le Gouvernement mahratte que le Gouvernement portugais n'ont eu, à cette période, aucun doute sur la célébration dudit traité et sur sa validité. Il y avait à ce sujet un accord des deux Gouvernements. Il est donc inutile de poursuivre une discussion sur un point acquis par ces Gouvernements. On doit se fier à leur sagesse. Leurs manifestations doivent suffire pour retenir qu'il y eut conclusion d'un traité en 1779, entre les Gouvernements mahratte et portugais. Quand un gouvernement déclare officiellement qu'un traité a été passé, la Cour peut soutenir que cette déclaration est suffisante et n'est pas obligée de vérifier son exactitude. C'est ce qu'a reconnu le Gouvernement mahratte.

Le sens du contenu de l'article 17 de ce traité est contesté par les Parties.

Pour les demandeurs, il y aurait eu une cession en pleine souveraineté de certains territoires, sur la base de leurs revenus. Pour les défendeurs, il y aurait eu simplement un *jagir* ou *saranjam*, c'est-à-dire une cession, temporaire et révocable, des revenus des villages de Nagar-Aveli et Dadra.

Pour soutenir cette thèse, le Gouvernement indien s'appuie sur le seul texte de l'article 17 d'une traduction mahratte du texte portugais du 4 mai 1779, lequel aurait été transcrit sur des registres à Goa et signé par le vice-roi portugais. Dans cette traduction de l'article 17, il est exprimé que les Mahrattes ont concédé un *jagir*. Les autres trois textes de ce traité ne font pas référence à ce mot.

Dans l'hypothèse qu'un *jagir* ou *saranjam* fût stipulé, il resterait toujours la question de savoir quelle modalité de cette tenure aurait été celle convenue. Est-ce un *saranjam* révocable, temporaire, sur des revenus ou est-ce un *saranjam* irrévocable ou définitif concédant le sol et les villages? Ni les éclaircissements des Parties

ni les documents contradictoires du dossier ne nous apportent sur ce point une conclusion sûre et certaine. L'emploi du mot *jagir*, tel qu'il est consigné à l'article 17 dans la traduction mahratte du texte portugais, ne permet pas d'inférer sans contestation la nature juridique de la tenure envisagée. Ce mot n'avait pas une signification unique et juridiquement précise.

On doit raisonner comme si les situations de la pleine souveraineté ou du *saranjam* étaient valables l'une et l'autre. Dans une hypothèse comme dans l'autre, il est évident que, soit pour exercer la souveraineté sur les enclaves, soit pour administrer et recueillir les impôts des villages, il était indispensable que les autorités portugaises eussent la faculté de passer par le territoire mahratte. Les Mahrattes, en cédant la souveraineté ou un *saranjam*, étaient obligés de permettre l'exercice de droits concédés au Gouvernement portugais sur ces territoires. Il serait inadmissible d'accorder une souveraineté sur certains territoires, ou un *saranjam* de certains villages, et de créer des entraves empêchant l'accomplissement des obligations convenues. On ne peut s'obliger et refuser les moyens pour que l'obligation soit satisfaite. Une obligation était donc à la charge des Mahrattes, dérivée des accords qu'ils avaient signés, et cette obligation comportait l'autorisation du passage à travers leur territoire, au bénéfice des Portugais.

On peut affirmer, sans risquer de se tromper, que, pendant la période mahratte — 35 ans — le Gouvernement de Poona et ses autorités principales n'ont jamais méconnu cette obligation permettant aux Portugais de se rendre aux enclaves.

Un des motifs de la concession (en plus des raisons d'amitié) était de faciliter le ravitaillement de Damao et celui-ci ne se conçoit que si l'on accepte et admet le passage aux villages. L'intérêt du droit de passage a aussi une base économique. De nombreux *sanads* se référant à cette concession indiquent des « villages adjacents à Damao » (annexe C nos 8, 9, 10, 14, 15 et 16). Il y a bien ici l'idée de contiguïté, qui en fait ne put se réaliser, et seulement alors furent visés des villages non contigus à Damao. A défaut de contiguïté, le passage allait y suppléer.

Supprimer ce passage, c'est atteindre, soit la souveraineté territoriale, soit le *saranjam*. Une telle situation n'est pas celle prévue par l'article 17 et ses accords complémentaires. A l'origine de cette situation, il y a un traité, et le Gouvernement mahratte qui a accédé à sa formation doit subir toutes les conséquences de cet acte, en supportant les limitations qu'il comporte dans son territoire.

Le transit ou le fait du transit, en période mahratte, est bien un droit de l'État portugais. C'est un droit implicite, lequel se déduit du traité de 1779 et des accords complémentaires au profit de l'État portugais, même s'il n'a pas été littéralement exprimé. Les obligations assumées par le Gouvernement mahratte doivent

s'harmoniser avec les droits qu'il a conventionnellement reconnus. Le Portugal a donc acquis les pouvoirs nécessaires pour l'exercice effectif des pouvoirs et des droits concédés expressément. Ces pouvoirs impliquent la reconnaissance d'un droit de passage.

Il semble bien que ce droit paraisse s'imposer plus fortement dans l'hypothèse d'un *saranjam*. Comment le titulaire de cette tenure pourrait-il en bénéficier si on lui barre la route pour percevoir les impôts accordés et pour administrer les villages? De telles communications se dégagent de l'essence même de cette tenure: sans ces communications cette tenure serait inconcevable.

Le principe des pouvoirs implicites a été admis par la Cour permanente dans l'affaire du *Territoire de Memel* (Série A/B, 1932, pp. 313-314), lequel fait état de la souveraineté de la Lithuanie pour en déduire au profit de celle-ci des pouvoirs non exprimés dans le statut de Memel. La Cour de Justice dans l'avis sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* a aussi admis que cette Organisation jouit des pouvoirs implicites (*C. I. J. Recueil* 1949, pp. 174, 178, 179 et 180).

Le droit de passage est essentiel pour assurer soit les droits de la souveraineté territoriale, soit les droits du *saranjam* dont aurait bénéficié le Portugal. Une simple tolérance de transit, ou une faveur temporaire et révocable, ne donnerait aucunement satisfaction aux droits concédés par le traité mentionné et ses accords; ils resteraient à la merci du Gouvernement mahratte. Or tels n'ont pas été les droits accordés au Portugal par ce Gouvernement. Si le transit est admis comme une simple tolérance, le Portugal ne pourrait réaliser ses droits de manière appropriée. On ne saurait concevoir que le Gouvernement mahratte eût décidé de concéder au Portugal certains droits et de retenir le pouvoir de s'opposer, par des mesures spéciales, à la réalisation du but pour lequel ces droits furent octroyés.

* * *

Une telle situation fut respectée et acceptée par les Britanniques en 1818, quand l'empire mahratte et ses territoires passèrent sous leur domination.

Il est hors de doute que les autorités britanniques ont soigneusement examiné à cette époque la situation du Portugal sur les enclaves de Damao et de Nagar-Aveli, situées dans le territoire qu'ils avaient récemment acquis. Les autorités britanniques avaient en leur pouvoir les archives mahrattes pour se renseigner. Ils y firent une enquête à propos d'une demande en 1818 des autorités portugaises d'une exemption de droits de douane sans que la souveraineté portugaise fût mise en question (annexe C n° 35, document 4). Les Britanniques n'eurent, pendant la période de 1818 à 1947, aucun doute sur la souveraineté du Portugal sur ces enclaves.

Aussi, pendant la période britannique aucune difficulté ni obstacle ne fut soulevé sur l'existence de cette obligation de passage.

Ce Gouvernement — successeur du territoire mahratte — le recon-
nut.

La Cour permanente a accepté, dans l'affaire des *Zones franches*, implicitement, le principe de la succession des obligations localisées d'intérêt général. La France devait respecter le régime établi par les traités de 1815-1816 « comme ayant succédé à la Sardaigne dans la souveraineté sur ledit territoire » (Série A/B, n° 46, p. 145).

C'est seulement sur l'exercice de ce droit que s'arrêta, en pratique, la compétence réglementaire des autorités britanniques. Des modalités diverses régirent l'application de ce droit mais sans méconnaître son existence. Ce pouvoir réglementaire trouvait son fondement dans la souveraineté britannique sur le court trajet séparant les enclaves de Damao. Ce pouvoir ne comportait pas en principe celui d'interdire d'une façon absolue des modalités nécessaires à l'exercice de la souveraineté sur les enclaves. Ils y autorisèrent toujours un usage adapté aux nécessités de ce passage. Il est à signaler que, quelquefois, cette réglementation se fit par accord avec les autorités portugaises, surtout en matière de transit des forces de police (traité de 1878 et accords de 1913, 1920 et 1940). Par ce dernier accord les forces de police armées, ne dépassant pas le nombre de dix agents, pouvaient passer en avisant chaque fois, par la poste, les autorités britanniques dans les vingt-quatre heures de leur passage. Si un nombre d'agents supérieur à dix était nécessaire, la pratique de l'autorisation préalable devait être suivie (annexe indienne C n° 57).

Les règlements édictés par le Gouvernement britannique eurent pour but de délimiter le passage, pour en régler les détails d'application. Ce sont généralement des règlements de police qui édictent des restrictions et par exception des interdictions à la liberté du transit. Pendant toute la durée de la période britannique il y eut deux interdictions, pour le sel et l'alcool. De telles limitations sont courantes et nombreuses lorsqu'il s'agit de réglementer des droits, sans qu'il soit loisible de déduire d'une telle activité étatique que ces droits n'existent pas. Il en est de même quand cette fonction réglementaire s'exerce sur les modalités du droit de passage, en vue d'assurer, soit l'ordre public, soit une meilleure fiscalité. Ces réglementations, loin de méconnaître le droit de passage, en sont la confirmation éclatante et elles signalent, précisément, son champ d'application.

Les autorités britanniques, à un certain moment, conçurent même l'idée de l'établissement d'un corridor liant les deux territoires portugais. Ce projet ne fut finalement pas adopté. Cette proposition venait fortifier la pensée, souvent mise à jour dans la correspondance entre les autorités britanniques et portugaises, du cas spécial des enclaves et de la nécessité d'en assurer et faciliter les communications. Cette cession de territoire, dit un fonctionnaire britannique, « donnerait un libre accès à la *parwana* portugaise de Nagar-Aveli » (annexe F n° 58).

La contribution du Portugal aux frais pour la réparation d'un tronçon de route aux enclaves, dans la partie britannique, en 1900 et 1926, paraît confirmer la nécessité de ce droit d'accès aux enclaves.

Les autorités portugaises n'avaient pas besoin de réclamer constamment un droit qui leur était reconnu. Le gouverneur portugais dans la note du 27 mai 1892 (annexe C n° 41) soutient que « le transit (entre Damao et Nagar-Aveli) était libre lorsque le traité de 1878 était en vigueur et il en était de même avant le traité ». Et il ajoute: c'était « la pratique suivie et observée antérieurement, avant l'entrée en vigueur du traité du 26 décembre 1878 ». Ce traité, qui est resté en vigueur de 1879 jusqu'à 1892, établissait un régime général pour les territoires des deux contractants dans l'Inde; il venait ratifier un droit de passage déjà établi, pour les communications avec les enclaves. Quand le traité de 1878 prit fin, le droit de passage a subsisté.

Il n'est pas contesté que, pendant toute la période britannique, le passage aux enclaves fut pratiqué sur la base des réglementations établies. Cette situation dura pendant 130 années, sans interruption, de façon continue et paisible. La route aux enclaves depuis Damao et *vice versa* resta ouverte pendant cette longue période; sur ce fait aucun doute ne s'éleva entre les deux Gouvernements.

Pendant cette longue période une volonté s'est manifestée soit implicitement, soit expressément par des accords et réglementations. Ces faits révèlent une conscience commune que traduisait la conviction des deux Gouvernements sur le droit de passage aux enclaves. Il faut voir dans ces faits la preuve de l'agrément des autorités britanniques à ce droit. Ce qui « est » devient ce qui « doit être ».

La notion d'effectivité a une grande importance dans le droit international. Dans le présent cas, l'effectivité du fait du passage doit s'examiner dans sa durée et dans son acceptation par les deux Gouvernements en cause. Cette effectivité de l'exercice du passage aux enclaves, pratiqué avec régularité, contribue à l'élaboration d'un droit.

Cette notion d'effectivité a été retenue comme facteur concluant pour la décision de certaines situations que créent les rapports entre États. Notre Cour l'a fait valoir dans l'affaire *Nottebohm* (C. I. J. Recueil 1955, pp. 56 et ss. et 62 et 299) et antérieurement, dans l'affaire des *Minquiers et des Écréhous* (C. I. J. Recueil 1953, pp. 60-66, 67-70).

La doctrine se maintient fidèle à cette idée.

Un fait répété continuellement, pendant une longue durée, loin d'affaiblir cet usage, le fortifie davantage; un rapport naît entre ce fait et la volonté des États qui l'ont autorisé. La répétition de ces faits réitérés, qui revêtent une grande ancienneté, donne lieu de la part de l'État qui l'exécute et de la part de l'État qui les tolère à la croyance au respect dû à cette pratique de long usage (article 38, lettre b), du Statut de la Cour).

Un droit de passage est susceptible d'être acquis sur la base d'une pratique effective, tout comme la souveraineté territoriale. Un fait observé pendant de longues années, comme dans le cas présent, obtient une force obligatoire et revêt le caractère d'une règle de droit.

Le chemin des enclaves a été fréquenté pendant 170 années consécutives par les Portugais sans opposition. L'effectivité d'accès aux enclaves a créé un *statu quo* juridique, auquel un État ne peut, unilatéralement, déroger. Ce *statu quo* juridique est l'œuvre des États à travers de longues années et a la force d'un accord. Un changement dans cette situation modifierait une pratique et un usage traditionnellement admis, acceptés et tolérés. Un certain ordre, en cette matière, a été établi et a été reconnu par les deux États, dont le but était d'assurer certains rapports entre eux, en vue de l'accomplissement de leurs fonctions étatiques. Une atteinte portée à cet ordre, sans une excuse juridique valable, crée une situation contraire au droit.

La Cour permanente d'arbitrage, dans un des motifs de la sentence rendue le 23 octobre 1909 dans l'affaire des *Grisbadarna*, a notamment dit : « que, dans le droit des gens, c'est un principe bien établi qu'il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état de choses existant de fait et depuis longtemps » (*Revue générale de droit international public*, 1910, p. 186).

Le passage n'est pas un simple fait, mais un fait juridique, qui s'attache à un ordre juridique, établi d'ailleurs, concrètement, par les règlements émanés de l'État sur le territoire duquel s'exerce ce passage. Des droits et des obligations ont été créés entre les deux États intéressés. Pour l'État qui accorde le passage naît une obligation juridique en faveur de l'État bénéficiaire ; celui-ci a donc le pouvoir de réclamer une certaine protection juridique s'il croit qu'elle a été méconnue.

* * *

Dès le premier jour de l'indépendance de l'Inde, de 1947 jusqu'à l'année 1953, le *jus communicationis* aux enclaves a pu se réaliser et s'effectuer sans obstacle. En effet, l'Inde reconnaissait la souveraineté territoriale du Portugal dans les enclaves. La demande de transfert des territoires portugais faite par le Gouvernement indien en 1950 et 1953 est là pour le prouver. Tout au début de cette période il y a eu même une réglementation pour le faciliter ; des droits de douane furent abolis ainsi que l'interdiction du sel.

La contribution de Goa aux travaux des aqueducs de Lavaxa, pour éviter l'interruption des communications entre Damao et Silvassa, vient fortifier l'esprit d'entente de deux Gouvernements sur la nécessité de ces communications.

Au moment même de la crise des rapports entre les deux Gouvernements, pendant les années 1953 et 1954, on ne fit valoir, en aucune

circonstance, que le droit de passage n'existait pas. Le 6 août 1954, quand le Gouvernement portugais réclama expressément ce droit, le Gouvernement indien ne fit aucune réserve. Aucune des mesures contre le passage ne se fondait sur des arguments juridiques. Il n'avança pas que le Portugal n'avait aucun droit de passage. Cette thèse n'est apparue que dans la présente affaire.

Le Gouvernement indien reconnaît que dès 1953 seulement furent appliqués des « droits stricts » en matière de transit entre Damao et les enclaves. Il ajoute: « ces droits ont été abondamment reconnus pendant toute la période britannique » (duplique, n° 417). Mais ces « droits stricts » admettaient quand même le droit de passage singulièrement réduit.

On ne peut concevoir des petites enclaves, comme celles de Dadra et de Nagar-Aveli, d'une superficie de moins de 500 km carrés, sans une communication, sur une route de 13 km 200 mètres à travers le territoire enclavant.

Toutes les enclaves existantes dont l'histoire fait mention ont toujours joui, de façon expresse ou tacite, d'un droit de passage. Une enclave sans ce droit est une espèce introuvable. Une enclave suppose nécessairement le droit d'y parvenir pour l'exercice de fonctions étatiques sur ce territoire.

Si le principe de la liberté du transit international ne se heurte plus guère à l'interdiction de passage édictée au nom de la souveraineté territoriale, *a fortiori* ne pourrait-on alléguer celle-ci pour révoquer le transit à une enclave, longuement pratiqué. Le droit de passage découlant du traité de 1779 et d'une pratique plus que séculaire trouve son fondement dans la coutume locale; il n'est donc pas nécessaire de rechercher s'il a son appui dans d'autres sources, comme la coutume générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

En conséquence, la première conclusion finale du Gouvernement portugais doit recevoir une réponse affirmative.

* * *

Le droit de passage ainsi reconnu, sans défaillance, commença à supporter, surtout depuis le second semestre de 1953, quelques entraves dans son exercice; c'est le moment où les relations diplomatiques entre l'Inde et le Portugal souffrent une crise née du refus du Gouvernement portugais d'accéder au transfert de ses territoires indiens. Les exigences formelles pour l'exercice du passage s'accrurent alors singulièrement. Il suffit de le constater, sans qu'il soit indispensable de les indiquer en détail.

Après la fermeture de la légation indienne à Lisbonne, le 11 juin 1953, on imposa un passeport et un visa au gouverneur de Damao et aux fonctionnaires portugais européens (mémoire, annexes 35

et 36). Ce changement de *statu quo ante* fut dénoncé par les autorités portugaises (mémoire, annexes 37, 38, 39 et 40).

Le 17 juillet 1954, le consul général de l'Inde à Goa communique une série de changements « aux concessions octroyées jusqu'à présent à l'administration portugaise de Damao et de Nagar-Aveli »; une de ces restrictions se référait à la prohibition du transit des armes à feu, de munitions et du matériel militaire. Cette même interdiction de traverser le territoire s'applique aux agents armés de la police ou de l'armée portugaise. C'était déroger au régime établi de l'autorisation préalable en cette matière dans chaque cas. Le Gouvernement indien retient ainsi sur cette modalité de passage une compétence discrétionnaire, qui n'existait pas auparavant. Cette innovation du Gouvernement indien méconnaissait le droit de passage. Il n'y avait pas une interdiction générale, en cette matière, laquelle aurait porté une atteinte grave au droit de passage. Ce droit était admis, mais soumis à une autorisation qui n'était pas abandonnée au pouvoir discrétionnaire illimité du Gouvernement indien. Une exigence d'autorisation pour l'exercice d'un droit ne signifie pas que ce droit n'existe pas, bien au contraire, elle implique souvent son existence. La permission ne crée pas le droit, elle permet, simplement, la possibilité de son exercice. Le passage de forces armées devait être autorisé, avant tout exercice, pour examiner les conditions dans lesquelles une telle activité allait se pratiquer. L'Inde devait résoudre chaque demande d'autorisation de bonne foi et conformément au but du passage, sans se laisser influencer par des considérations contraires à la finalité du passage.

La formalité de l'autorisation préalable est parfaitement compatible avec l'existence d'un droit de passage.

La Charte des Nations Unies conçoit un droit de passage des forces armées de l'Organisation sur les territoires des États Membres, conformément aux accords spéciaux qui auront été conclus avec le Conseil de Sécurité (art. 43, par. 1 et 2). Ces accords pourraient établir la nécessité d'une autorisation de la part de l'État sur le territoire où va s'exercer le passage, ou à une notification à cet État, sans qu'une telle formalité méconnaisse ce droit.

Telle était expressément la situation prévue par le traité de 1878, dans son article XVIII, alinéa 3, qui reconnaissait le transit des forces armées des États contractants, dans leurs territoires, sous réserve d'une autorisation. Les deux États avaient un droit à l'autorisation. Dans le cas d'octroi de l'autorisation, rien ne s'opposait au passage; dans le cas du refus de l'autorisation on constatait les obstacles que soulevait, à ce moment, l'exercice du passage. Dans ces deux situations le transit continuait d'être un droit.

Pareillement, le passage des bâtiments de guerre dans les eaux territoriales qui font partie des routes internationales est considéré comme un droit, dérivé d'une règle coutumière du droit international, et rien ne s'oppose à ce que l'État riverain, dans sa règle-

mentation de ce droit, puisse inscrire dans les textes la notification ou autorisation préalable. Le droit de passage subsiste quand même.

Dans la nuit du 21 au 22 juillet 1954, des personnes venues du territoire indien pénétrèrent dans l'enclave de Dadra; les autorités portugaises furent dépossédées de leurs fonctions. Le Gouvernement portugais, dans deux notes, des 24 et 26 juillet suivants, demanda au Gouvernement indien de permettre le passage des forces nécessaires pour rétablir l'ordre bouleversé; le 28 juillet, ce Gouvernement rejeta catégoriquement la demande de transit de troupes et de forces de police (mémoire, annexe 52).

Le 29 juillet, une autre pénétration eut lieu dans l'enclave de Nagar-Aveli; les autorités locales furent également supprimées et des éléments rebelles occupèrent cette enclave, qu'ils retiennent en leur pouvoir.

Les demandes d'envoi de délégués du gouverneur de Damao et de tierces Puissances, d'enquête et d'observation impartiale proposés par le Gouvernement portugais au Gouvernement indien ne purent obtenir satisfaction. Dès lors les deux enclaves restèrent sans contact avec Damao. L'exercice du droit de passage resta définitivement suspendu dans les deux enclaves.

Les suspensions apportées au passage par le Gouvernement indien sont donc antérieures aux événements de juillet 1954 ou immédiatement postérieures à ceux-ci. Le Gouvernement indien ne s'est donc pas conformé aux obligations que lui imposait le droit de passage du Portugal.

* * *

La troisième des conclusions finales portugaises est ainsi libellée:

« a) déclarer sans fondement les thèses de l'Inde reprises ci-dessus, sous les lettres A, B et C;

b) en ce qui concerne la thèse de l'Inde reprise ci-dessus, sous la lettre D:

1. si la Cour est d'avis que les conditions susmentionnées requises pour suspendre le passage de forces armées portugaises ne se trouvent pas réalisées,

dire et juger

que l'Inde doit mettre fin aux mesures par lesquelles elle s'oppose à l'exercice du droit de passage du Portugal;

2. si la Cour est d'avis que les conditions susmentionnées requises pour suspendre le passage de forces armées portugaises se trouvent réalisées,

dire et juger

que ledit passage sera momentanément suspendu, mais que cette suspension devra prendre fin dès que l'évolution de la situation en aura fait disparaître la justification;

que pendant cette suspension, l'Inde devra s'abstenir de toute mesure pouvant fortifier la position des adversaires du Gouvernement légal dans les enclaves et provoquer ainsi l'aggravation ou la prolongation des circonstances invoquées à l'appui de ladite suspension;

qu'il n'existe, pour l'Inde, aucune raison légitime de demander que les autres modalités de l'exercice du droit de passage soient également suspendues. »

Il n'est pas dans la mission de la Cour de statuer dans le dispositif de son arrêt sur les thèses signalées dans les lettres *a)* et *b)* qui pourront seulement être examinées, si cela est nécessaire, dans la motivation du jugement.

Il ressort clairement que cette conclusion finale du Gouvernement portugais comprend deux demandes, n° 1 et n° 2. Les deux sont conditionnées par l'état actuel dans les enclaves et se rapportent au passage de forces armées portugaises.

Une première remarque s'impose sur la situation présente aux enclaves.

C'est un fait qui ne peut être écarté du débat que le peuple des enclaves, dès le mois de décembre 1954, et peut-être avant, s'est constitué en gouvernement libre sur le territoire des enclaves. Une telle situation de fait existait au moment où la Cour a été saisie de la requête, le 22 décembre 1955.

Le droit de passage considéré comme un tout est né et s'est exercé à des époques normales où les enclaves étaient sans conteste sous la souveraineté effective portugaise. Il en était ainsi depuis les années 1783 jusqu'au mois de juillet 1954. Cette longue pratique ne fut jamais troublée par des faits mettant en cause l'autorité portugaise. Le droit de passage, dans ses différentes modalités, a été exercé dans des circonstances pacifiques.

Un tel droit n'a pas été accordé pendant la longue pratique signalée antérieurement pour une situation comme celle qui s'est créée aux enclaves. L'existence d'un gouvernement de fait dans celles-ci est une éventualité non prévue et nouvelle dans la pratique habituelle du droit de passage.

Ces changements survenus aux enclaves affectent les causes qui ont donné naissance au droit de passage et ont naturellement leur effet, soit sur le droit de passage en lui-même, soit sur ses modalités d'exercice. De tels faits nouveaux conduisent à soutenir soit la suspension du droit reconnu, soit l'extinction de celui-ci. Dans un cas comme dans l'autre il faut conclure que le passage réclamé doit être considéré impraticable.

(Signé) ARMAND-UGON.